Deutscher Bundestag **Drucksache 14/6857**
14. Wahlperiode 31. 08. 2001

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts

A. Zielsetzung

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999 ist nach ihrem Artikel 11 Abs. 1 bis zum Ablauf des 31. Dezember 2001 in deutsches Recht umzusetzen. Sie sieht namentlich vor, dass Verbraucher bei Kaufverträgen neben Wandelung und Minderung auch Ansprüche auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung haben und dass diese Ansprüche in zwei Jahren (statt bisher in sechs Monaten) verjähren. Die Zahlungsverzugsrichtlinie 2000/35/EG vom 29. Juni 2000 sieht vor, dass der Verzugszins sieben Prozentpunkte über dem Zinssatz für Hauptrefinanzierungsgeschäfte der Europäischen Zentralbank am ersten Bankgeschäftstag eines jeden Kalenderhalbjahres beträgt. Umzusetzen sind auch Artikel 10, 11 und 18 der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000, die bei Verträgen, die auf elektronischem Weg abgeschlossen werden, vorvertragliche Informationspflichten und die Ausdehnung der Möglichkeiten für eine Unterlassungsklage zum Schutz der Verbraucherinteressen vorsehen.

Das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist auf den Gebieten des Verjährungsrechts, des allgemeinen Leistungsstörungsrechts sowie des Kauf- und Werkvertragsrechts in seinen Grundzügen auf dem Stand des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs stehen geblieben. In dessen nunmehr über einhundertjährigen Geschichte sind zahlreiche und zum Teil gravierende Mängel zutage getreten. Nach umfangreichen Vorarbeiten, die im Jahre 1978 begonnen hatten, legte Ende 1991 der damalige Bundesminister der Justiz, Dr. Klaus Kinkel, den Abschlussbericht der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts vor und verband dies mit der Hoffnung, dass es in absehbarer Zeit zu einem Gesetzentwurf kommen werde.

Die Modernisierung des Schuldrechts ist zum jetzigen Zeitpunkt geboten, da die vorgenannten Richtlinien zu Änderungen der ohnehin reformbedürftigen Teile des Bürgerlichen Gesetzbuchs zwingen und eine isolierte Richtlinienumsetzung die strukturellen Mängel des geltenden Schuldrechts in unvertretbarem Maße verschärfen würde. Hierbei sollen auch der zunehmenden Auslagerung wichtiger Rechtsmaterien aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der damit einhergehenden Rechtszersplitterung entgegengewirkt und die schuldrechtlichen Verbraucherschutzgesetze in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert werden.

B. Lösung

Die Richtlinien sollen durch Modernisierung des Schuldrechts auf der Grundlage der Vorschläge der Schuldrechtskommission umgesetzt und diese um eine

Integration der schuldrechtlichen Verbraucherschutzgesetze und des AGB-Gesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch ergänzt werden.

C. Alternativen

Keine

D. Kosten der öffentlichen Haushalte

Keine

E. Sonstige Kosten

Das Gesetz kann zu einer leichten Erhöhung der Kosten von Verkäufern und Werkunternehmern führen. Diese können durch die verlängerten Gewährleistungsfristen entstehen. Im gleichen Umfang senken sich aber die Belastungen der Käufer und Besteller, die bisher den aus der Lieferung mangelhafter Waren und Werkleistungen – und nur dann besteht auf Grund der Vorschriften ein Anspruch – resultierenden Verlust selbst zu tragen hatten. Diese Kosten werden sich aber in geringen Grenzen halten. Zu berücksichtigen ist auch, dass nach wissenschaftlichen Untersuchungen jedenfalls bei industriell hergestellten Massengütern die weit überwiegende Zahl der Mängel in den ersten 6 Monaten nach Ablieferung der Waren auftritt, also in den jetzt schon geltenden Verjährungsfristen. Die Gewährleistungsrechte greifen auch nur, wenn die Unternehmer ihre Vertragspflichten verletzen. Wer vertragsgemäße Ware liefert, ist von den Änderungen nicht betroffen. Unter diesen Umständen sind Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere das Verbraucherpreisniveau, nicht zu erwarten. Im Übrigen werden im täglichen Geschäftsleben bereits heute Garantiefristen eingeräumt, die die derzeitigen gesetzlichen Gewährleistungsfristen zum Teil deutlich übersteigen.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
DER BUNDESKANZLER

Berlin, den 29. August 2001

022 (131) – 400 02 – Schu 15/01

An den
Präsidenten des
Deutschen Bundestages

11011 Berlin

Hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz.

Der Bundesrat hat in seiner 766. Sitzung am 13. Juli 2001 gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus Anlage 2 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 3 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.



Anlage 1

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts

Der Text des Gesetzentwurfs und der Begründung ist gleich lautend mit dem Text auf den Seiten 3 bis 286 der Bundestagsdrucksache 14/6040.

Anlage 2

Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner 766. Sitzung am 13. Juli 2001 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (§§ 194 bis 218 BGB)

   Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, in welcher Weise sichergestellt werden kann, dass die Neugestaltung des Verjährungsrechts nicht auf die im Entwurf zur Änderung vorgesehenen Vorschriften beschränkt bleibt, sondern dass alle Verjährungsvorschriften, auch außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs, und die sachlich damit zusammenhängenden Fristenregelungen im erforderlichen Umfang mit der Neuregelung harmonisiert werden.

2. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (§ 196 BGB)

   In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 § 196 ist das Wort „zehn“ durch das Wort „dreißig“ zu ersetzen.

   Begründung

   Ansprüche auf Immobiliarrechte müssen ebenfalls in die dreißigjährige Verjährung einbezogen werden. Beim Verkauf noch nicht vermessener Teilflächen ist es nicht selten, dass die Vermessung erst nach Jahren erfolgt (z. B. Grundankauf für Autobahnprojekte oder andere Großbauvorhaben der öffentlichen Hand). Ob der Eigentumsverschaffungsanspruch indessen erst fällig wird, wenn das Messungsergebnis vorliegt, erscheint unklar. Wenn nämlich die verkaufte Teilfläche im Kaufvertrag genau bestimmt ist, kann eine materiellrechtlich wirksame Auflassung sofort mit Abschluss des schuldrechtlichen Geschäfts erklärt werden. Eine nochmalige Erklärung nach Vorliegen des Messungsergebnisses ist nur ein Erfordernis des Grundbuchverfahrens. Möglicherweise verjährt daher der Eigentumsverschaffungsanspruch nach dem Entwurf bereits nach zehn Jahren ab Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages.

   Weitere Probleme ergeben sich im Bereich des Rechts der Grundpfandrechte und Dienstbarkeiten: Sichert eine Grundschuld keine Verbindlichkeiten mehr, so steht dem Sicherungsgeber gegen den Grundschuldgläubiger ein Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld zu. Bei Sicherungsgrundschulden zu Gunsten von Banken werden Grundschulden oft bewusst „stehen gelassen“, um für zukünftige Kredite Sicherheiten vorzuhalten. Der Rückgewähranspruch spielt auch bei Dienstbarkeiten eine wichtige Rolle: Hier ist einmal an Bezugspflichten sichernde Dienstbarkeiten zu denken, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich nur auf die Dauer von 15 Jahren verwendet werden dürfen. Zum anderen sind Abstandsflächendienstbarkeiten dann zurückzugewähren, wenn die bauordnungsrechtlichen Voraussetzungen für deren Bestellung weggefallen sind. Letzteres dürfte dem Eigentümer des dienenden Grundstücks häufig nicht innerhalb der kurzen Frist von zehn Jahren bewusst werden. In allen vorgenannten Fällen müsste die gesetzliche Verjährungsfrist formularmäßig verlängert werden, um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen. Eine gesetzliche Verjährungsfrist verliert aber ihren Sinn, wenn sie massenhaft kautelarjuristisch verlängert werden muss.

   Widersprüchlich ist der Entwurf auch hinsichtlich der Buchersitzung: Ein im Grundbuch zu Unrecht gelöschtes Recht würde bereits nach drei oder zehn Jahren untergehen (§ 901 BGB), während für die Buchersitzung (§ 900 BGB) weiterhin die dreißigjährige Frist gelten soll.

   Im Immobilienverkehr hat die bisherige dreißigjährige Regelverjährung zu keinerlei Missständen geführt. Daher muss sie beibehalten werden, um zahlreiche mit der Abkürzung zusammenhängende Probleme zu vermeiden. Beweisschwierigkeiten drohen vor allem deshalb nicht, weil die Ansprüche im Zusammenhang mit Immobiliarrechten in der Regel auf notariellen Urkunden beruhen.

3. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (§ 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB)

   Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob zu den Herausgabeansprüchen aus dinglichen Rechten, die in 30 Jahren verjähren sollen, neben dem Anspruch aus dem Eigentum nur Ansprüche aus solchen Rechten gehören sollen, die von vergleichbarer Beständigkeit wie das Eigentum sind, und nicht auch der Anspruch wegen Besitzentziehung (§ 861 BGB) sowie der Anspruch des früheren Besitzers (§ 1007 BGB).

   Begründung

   Der Anspruch wegen Besitzentziehung und der Anspruch des früheren Besitzers sollten nicht der dreißigjährigen Verjährung unterfallen. Bei diesen Ansprüchen reicht vielmehr die regelmäßige Verjährungsfrist aus.

4. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (§ 199 BGB)

   Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Vorschrift des § 199 BGB-E um eine Ausschluss- oder Verjährungsfrist für nicht fällige vertragliche Erfüllungsansprüche zu ergänzen ist.

   Begründung

   Nach der Regelung des § 199 BGB-E können vertragliche Erfüllungsansprüche, die noch nicht fällig sind, nicht verjähren. Die zehnjährige Verjährungsfrist des § 199 Abs. 2 Satz 1 BGB-E greift nicht ein, da dort für den Beginn der Verjährung auf die Fälligkeit des Anspruchs abgestellt wird. Die Ausschlussfrist des § 199 Abs. 3 BGB-E greift nicht ein, da diese Vorschrift lediglich Schadensersatzansprüche erfasst. Danach gäbe es nach dem Entwurf in einem großen Bereich unverjährbare Ansprüche.

Dies ist auch das Ergebnis der ersatzlosen Abschaffung des § 199 BGB, der jedenfalls für diejenigen Ansprüche, denen eine Kündigung des Berechtigten vorangehen musste, eine besondere Vorschrift über den (vorverlagerten) Verjährungsbeginn enthält. Eine gewisse Bedeutung erlangt die Bestimmung des § 199 BGB zur Zeit bei der Frage, wann Forderungen aus so genannten „Uralt-Sparbüchern“ verjähren (vgl. dazu Arendts/Teuber, MDR 2001, 546).

Nach dem Entwurf können aber auch Werklohn-, Honorar- oder andere Entgeltansprüche nicht verjähren, wenn deren Fälligkeit von der Stellung einer Rechnung oder einer sonstigen die Fälligkeit begründenden Erklärung des Gläubigers abhängt (vgl. z. B. § 8 HOAI; Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., 60. Aufl., § 271, Rdnr. 7).

5. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (§ 201 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 § 201 ist Satz 1 wie folgt zu fassen:

„Die Verjährung von Ansprüchen der in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 bezeichneten Art beginnt mit der Rechtskraft der Entscheidung, der Errichtung des vollstreckbaren Titels oder der Feststellung im Insolvenzverfahren, nicht jedoch vor der Fälligkeit des Anspruchs.“

Begründung

Der Antrag passt die in § 201 Satz 1 BGB-E genannten Titel an die Reihenfolge an, in der sie in § 197 Abs. 1 BGB-E genannt werden.

6. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (§ 202 – Überschrift – BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 § 202 sind in der Überschrift die Wörter „Unzulässigkeit von“ zu streichen.

Begründung

Klarstellung des Gewollten.

7. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (§ 202 Abs. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 202 Abs. 2 BGB-E eine Regelung aufzunehmen ist, nach der die Verjährungsfrist auch durch vertragliche Vereinbarung eine zu bestimmende Mindestfrist nicht unterschreiten darf.

Begründung

Nach § 202 Abs. 2 BGB-E wäre es möglich, vertraglich zu vereinbaren, dass alle Ansprüche sofort verjährt sind. Eine solche Regelung könnte außerhalb der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur am Maßstab der §§ 138 und 242 BGB überprüft werden. Dies könnte der Gesetzgeber verhindern, indem er in § 202 Abs. 2 BGB-E eine solche Mindestfrist vorgibt.

8. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (§ 203 Satz 3, 4 – neu – BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 sind dem § 203 folgende Sätze anzufügen:

„Geraten die Verhandlungen in Folge einer Vereinbarung oder dadurch in Stillstand, dass sie von keiner Seite weiter betrieben werden, so endet die Hemmung sechs Monate nach der letzten, im Rahmen der Verhandlungen zwischen dem Schuldner und Gläubiger abgegebenen Erklärung. Die Hemmung beginnt erneut, wenn eine der Parteien vor Ablauf dieser Frist die Verhandlungen wieder aufnimmt.“

Begründung

Es bedarf einer Regelung, die sicherstellt, dass Ansprüche nicht auf unabsehbare Zeit dadurch gehemmt werden, dass Verhandlungen nicht weiterbetrieben werden. Dies wird durch eine Ergänzung der Vorschrift des § 203 BGB-E gewährleistet.

9. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (Überschrift zu Buch 1 Abschnitt 5 Titel 2, § 213 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in die Überschrift zu Buch 1 Abschnitt 5 Titel 2 BGB-E neben der Hemmung und dem Neubeginn der Verjährung auch die Ablaufhemmung aufzunehmen ist. Sollte dies der Fall sein, wären in § 213 BGB-E nach dem Wort „Hemmung“ ein Komma und die Wörter „die Ablaufhemmung“ zu ergänzen.

Begründung

Die Ablaufhemmung unterscheidet sich in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen von der Hemmung. Sie wird deshalb folgerichtig erst im Anschluss an die Vorschriften über die Hemmung und deren Wirkung (§ 209 BGB-E) in zwei selbständigen Tatbeständen geregelt (§§ 210 und 211 BGB-E). Die Ablaufhemmung stellt daher keinen Unterfall der Hemmung dar, wovon der Entwurf aber an einigen Stellen ausgeht.

Die Überschrift von Titel 2 ist daher um die dort geregelten Fälle der Ablaufhemmung zu erweitern. Konsequenterweise ist dann in § 213 BGB-E neben der Hemmung auch die Ablaufhemmung zu nennen.

10. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (§ 204 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob entsprechend dem bisherigen § 212 Abs. 1 BGB und den vergleichbaren oder auf § 212 Abs. 1 BGB verweisenden Bestimmungen der §§ 212a bis 215 und 220 BGB eine Vorschrift aufgenommen werden kann, nach der die Hemmung rückwirkend entfällt, wenn die Klage oder der sonstige Antrag zurückgenommen oder durch Prozessurteil abgewiesen wird.

Begründung

Derzeit ist für die Klageerhebung und der Klageerhebung gleichgestellte prozessuale Handlungen in § 209 BGB eine Unterbrechung der Verjährung vorgesehen, während bei Rücknahme der Klage oder gleichgestellter Handlungen die Unterbrechung als nicht erfolgt gilt, § 212 ff. BGB.

Der Gesetzentwurf sieht nunmehr vor, die Unterbrechung durch eine Hemmung zu ersetzen, wobei ein rückwirkendes Entfallen der Hemmung im Falle der Rücknahme der Klage oder eines sonstigen Antrages oder im Falle eines Prozessurteils nicht vorgesehen ist. Begründet wird dies damit, dass für das Entfallen der Hemmungswirkung bei Rücknahme der Klage und

vergleichbarer Handlungen kein Bedürfnis mehr bestehe, weil durch die Umstellung von der Unterbrechungs- auf die Hemmungswirkung in deutlich geringerem Maße auf den Lauf der Verjährungsfrist eingewirkt werde. Außerdem sollte nach der Auffassung der Bundesregierung der bloße Aufschub für die Dauer des Verfahrens und die sechsmonatige Nachfrist unabhängig vom Ausgang des Verfahrens sein.

Diese Begründung vermag allein nicht zu überzeugen, da sie wesentliche rechtliche und tatsächliche Aspekte nicht berücksichtigt.

Zum Beispiel hat nach § 269 Abs. 3 ZPO eine Klagerücknahme zur Folge, dass der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist. Damit entfallen nicht nur sämtliche prozessualen Wirkungen der Rechtshängigkeit rückwirkend, sondern – soweit keine gesetzlichen Regelungen wie der bisherige § 212 Abs. 1 BGB vorhanden sind – im Zweifel auch alle materiellrechtlichen Wirkungen (vgl. BGH, NJW 1986, 2318 m. w. N.). Wie diesem rechtlichen Gesichtspunkt hinreichend Rechnung getragen werden kann, wenn die Hemmung nicht rückwirkend entfallen soll, ist nicht erkennbar und wird in der Gesetzesbegründung auch nicht dargelegt.

Darüber hinaus finden sich in der Begründung des Gesetzentwurfes auch keine Ausführungen, die erkennen lassen, dass sich die Bundesregierung mit der Frage des Missbrauchs der Hemmungswirkung befasst hat. Auch wenn die Auswirkungen einer Hemmung – wie die Bundesregierung zutreffend dargestellt hat – nicht so gravierend auf die Verjährungsfrist wirken wie eine Unterbrechung, ist dennoch auch die Wirkung der Hemmung gerade im Hinblick auf die vorgesehene sechsmonatige Nachfrist des § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB-E nicht zu unterschätzen. Darüber hinaus wird in dem Gesetzentwurf vorgeschlagen, die prozessualen Handlungen, die zu einer Hemmung der Verjährung führen sollen, zum Beispiel um die erstmalige Bekanntgabe eines Prozesskostenhilfeantrages zu erweitern und somit einen erleichterten Zugang zu der Hemmungswirkung zu schaffen. Im Hinblick hierauf ist ein Missbrauch der Hemmungswirkung nicht auszuschließen, dem durch das Entfallen der Hemmung bei Rücknahme der Klage und sonstiger Anträge wirksam begegnet werden könnte.

11. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (§ 204 Abs. 1 Nr. 11 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 204 Abs. 1 BGB-E die Nummer 11 wie folgt gefasst werden sollte:

„11. den Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens (§ 1044 der Zivilprozessordnung), in dem der Anspruch geltend gemacht wird,“

Begründung

Die bisherige Fassung des § 204 Abs. 1 Nr. 11 BGB-E knüpft den Eintritt der Verjährungshemmung an den Grundfall des § 1044 ZPO, bei dem die Parteien keine Vereinbarungen über den Beginn des Schiedsverfahrens getroffen haben. Der danach maßgebliche Zeitpunkt des Antragsempfangs des Schiedsbeklagten soll aber auch für die Fälle abweichender schiedsvertraglicher Gestaltung gelten, um – wie sich die Entwurfsbegründung ausdrückt – eine „Unsicherheit über den Zeitpunkt des Hemmungsbeginns“ zu vermeiden.

Diese Regelung berücksichtigt nicht hinreichend die Bedeutung individuell abweichender Abreden zum Verfahrensbeginn. Im Interesse einer raschen und leicht nachweisbaren Antragsübermittlung wird in der schiedsrichterlichen Praxis häufig eine Drittstelle (etwa die Geschäftsstelle einer schiedsrichterlichen Institution) als Empfangsstelle des Schiedsantrags vorgesehen und der Tag des dortigen Eingangs als Beginn des Schiedsverfahrens festgesetzt. Derartige Ausgestaltungen – die sich durch den Geltungswillen aller Beteiligten legitimieren – sollten auch verjährungsrechtlich nicht ignoriert werden.

Es erscheint daher vorzugswürdig, den Tatbestand des Hemmungseintritts zulässigen Individualvereinbarungen zum Verfahrensbeginn zu öffnen. Die vorgeschlagene Fassung des § 204 Abs. 1 Nr. 11 BGB-E knüpft dementsprechend die verjährungshemmende Wirkung allgemein an den Beginn des Schiedsverfahrens. Rechtliche Unsicherheiten sind insoweit kaum zu befürchten, zumal, wenn sich die Parteien eines institutionalisierten Schiedsgerichts bedienen, dessen Schiedsverfahrensordnung die Frage des Verfahrensbeginns üblicherweise regelt.

12. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (§ 204 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Vorschrift des § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB-E vor dem Hintergrund des § 202 Abs. 2 BGB-E, der an die Stelle des § 225 Satz 1 BGB tritt, zu überarbeiten.

Begründung

Die Vorschrift des § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB-E übernimmt inhaltlich die Regelung des § 211 Abs. 2 Satz 1 BGB, die lediglich redaktionell angepasst wird. Der Zweck des bisherigen § 211 Abs. 2 Satz 1 BGB ist vor dem Hintergrund des § 225 Satz 1 BGB zu sehen, der jede Erschwerung der Verjährung ausgeschlossen hat. Sinn des § 211 Abs. 2 Satz 1 BGB war es, eine Umgehung des § 225 BGB zu verhindern.

Der Entwurf übernimmt nun in § 202 Abs. 2 BGB-E nicht die Vorschrift des § 225 BGB, sondern erklärt eine die Verjährung erschwerende Vereinbarung nur dann für unwirksam, wenn sie zu einer 30 Jahre übersteigenden Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn führt. Ansonsten sollen verjährungserschwerende Vereinbarungen entsprechend der allgemeinen Vertragsfreiheit grundsätzlich zulässig sein (Entwurfsbegründung, S. 246 f.).

Die bisherige Regelung des § 211 Abs. 2 Satz 1 BGB hat bisher vielfach Schwierigkeiten bereitet, wenn ein Prozess aus einem „triftigen Grund“ nicht weiter betrieben wurde, beispielsweise um den Ausgang eines Musterprozesses abzuwarten. In solchen Fällen hat die Rechtsprechung teilweise die Regelung des § 211 Abs. 2 BGB in teleologischer Reduktion nicht angewandt. Allerdings blieben die Voraussetzungen, nach denen die Unterbrechung der Verjährung trotz des Ver-

fahrensstillstandes andauern sollte, bis zuletzt auch in der Rechtsprechung der einzelnen BGH-Senate umstritten (vgl. zuletzt BGH WM 2000, 2551; Wagner NJW 2001, 182 <183 f.>).

Vor dem Hintergrund des § 202 BGB-E ist die Regelung des § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB-E in ihrer ursprünglichen Zielsetzung entbehrlich. Vielfach dient der Verfahrensstillstand prozessökonomischen Interessen und Zielen, wie beispielsweise den Ausgang eines Musterverfahrens oder den Ausgang des Berufungsverfahrens über ein Teilurteil abzuwarten. In der Vergangenheit hat die Regelung des § 211 Abs. 2 BGB ein solches sinnvolles und im Interesse der Rechtspflege liegendes Verhalten der Parteien verhindert, bzw. mit dem unerwarteten Eintritt der Verjährung bestraft. Diese Gefahr besteht unter dem neuen Recht um so mehr, als die Klageerhebung nicht mehr zu Unterbrechung und Neubeginn der Verjährung führt, sondern lediglich einen Hemmungsgrund darstellt. Die Gefahr des unbeabsichtigten Ablaufens der Verjährungsfrist wegen eines Verfahrenstillstandes wird damit weiter erhöht.

Die weitere Hemmung ist auch bei Stillstand des Verfahrens geboten. Für diesen Fall sollten die Voraussetzungen, unter denen die Verjährung erneut zu laufen beginnt, klar formuliert werden.

Für den Fall des Stillstandes des Verfahrens infolge Vereinbarung ist eine Lösung auch über § 202 BGB-E möglich, die allerdings wohl eine ausdrückliche Regelung dieser Frage voraussetzt.

13. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (§ 205 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Klauselverbot aufzunehmen ist, das die formularmäßige Verlängerung der Verjährungsfrist für Grundpfandrechtszinsen ausschließt.

B e g r ü n d u n g

In Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung hat der BGH entschieden (NJW 1999, 3705 <3707>), dass § 202 Abs. 1 BGB auf Ansprüche aus Sicherungsgrundschulden (Grundschuldzinsen) nicht entsprechend anzuwenden ist. Da heute regelmäßig Grundschuldzinsen von oft bis zu 18 % jährlich vereinbart werden, verdoppelt sich der Sicherungsumfang einer Grundschuld in weniger als sieben Jahren, was der Intention des Gesetzgebers widerspricht. Dieser Rechtsprechung soll nicht die Grundlage entzogen werden (Entwurfsbegründung, S. 118).

Nachdem § 202 Abs. 2 BGB-E Vereinbarungen über die Erschwerung der Verjährung entgegen der bisherigen Rechtslage ausdrücklich zulässt, erscheint es nunmehr aber geboten, für den Bereich der Grundpfandzinsen ein Korrektiv im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Klauselverbot) zu schaffen, das die Fortführung der bis 1999 üblichen, für den Schuldner und nachrangige Gläubiger untragbaren Praxis ausschließt.

14. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (§ 207 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 207 BGB-E auf das Verhältnis von Stiefkindern zu ihren Stiefeltern und auf ehe- oder familienähnliche Verhältnisse ausgedehnt werden kann.

B e g r ü n d u n g

Nach § 207 Satz 1 und 2 BGB-E ist die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten, Lebenspartnern, Eltern und minderjährigen Kindern sowie Vormund und Mündel gehemmt, solange die Ehe, die Lebenspartnerschaft oder das Vormundschaftsverhältnis besteht. Gleiches soll nach § 207 Satz 3 und 4 BGB-E auch für die Betreuung, die Pflegschaft und die Beistandschaft gelten.

Die Vorschrift soll den auf gegenseitige Rücksichtnahme gegründeten Familienfrieden vor Störungen durch die klageweise Geltendmachung von Ansprüchen bewahren.

Um diesem Ziel gerecht zu werden, ist zumindest die Einbeziehung des Verhältnisses zwischen minderjährigen Stiefkindern und Stiefeltern erforderlich, weil hier der vertretungsberechtigte Elternteil häufig auf seinen Ehepartner Rücksicht nehmen und von der Geltendmachung von Ansprüchen absehen wird (so auch OLG Hamm, Beschluss vom 28. März 2000 – 6 W 5/00 –, MDR 2000, 832).

Darüber hinaus sollte überdacht werden, ob eine Hemmung nicht auch bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sowie in dem Verhältnis Kind und Lebensgefährte des Elternteils im Interesse eines ungestörten Familienlebens eingeführt werden sollte. Einer derartigen Ausweitung des § 204 BGB steht die Rechtsprechung – allein im Hinblick auf den Grundsatz der Rechtssicherheit – bislang kritisch gegenüber (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 8. Dezember 1998 – 13 U 105/98 –, VersR 2000, 332).

15. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (§ 207 Satz 3, 4 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 207 Satz 3 und 4 BGB-E – zumindest für die Betreuung und die Pflegschaft – die Hemmung wie in den Sätzen 1 und 2 beidseitig ausgestaltet werden kann.

B e g r ü n d u n g

Nach § 207 Satz 1 und 2 BGB-E ist die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten, Lebenspartnern, Eltern und minderjährigen Kindern sowie Vormund und Mündel gehemmt, solange die Ehe, die Lebenspartnerschaft oder das Vormundschaftsverhältnis besteht. Gleiches soll nach § 207 Satz 3 und 4 BGB-E auch für die Betreuung, die Pflegschaft und die Beistandschaft gelten, allerdings unter der Einschränkung, dass einseitig nur Ansprüche des Betreuten gegen den Betreuer, des Pfleglings gegen den Pfleger und des Kindes gegen den Beistand einbezogen werden. Ansprüche des Betreuers gegen den Betreuten beispielsweise sollen somit in der Verjährung nicht gehemmt werden.

In der Gesetzesbegründung wird dazu ausgeführt, dass es in einem Betreuungsverhältnis, einer Pflegschaft und einer Beistandschaft normalerweise kein dem Verhältnis zwischen Eltern und Kindern und dem Vormund und Mündel vergleichbares Näheverhältnis gibt, das der Gläubiger (Betreuer, Pfleger, Beistand) vor Störungen durch eine klageweise Geltendmachung bewahren möchte und das ihn an der rechtzeitigen Geltendmachung seiner Ansprüche hindert.

Diese Begründung überzeugt nicht.

Ebenso wie bei der Bestellung eines Vormunds (§ 1779 Abs. 2 Satz 2 BGB) – für den bei Geltendmachung von Ansprüchen eine Hemmung der Verjährung eintritt – werden auch bei der Bestellung eines Betreuers (§ 1897 Abs. 5 BGB) oder eines Pflegers (§ 1915 Abs. 1 und § 1779 Abs. 2 Satz 2 BGB) die verwandtschaftlichen und persönlichen Bindungen des Betreuten und des Pfleglings besonders berücksichtigt, so dass gerade auch in Betreuungs- und Pflegschaftsverhältnissen Verwandte oder nähere Bekannte als Betreuer oder Pfleger eingesetzt werden. Das Näheverhältnis ist damit bei der Betreuung und der Pflegschaft durchaus einem solchen bei der Vormundschaft vergleichbar, auch wenn die Vormundschaft regelmäßig einen weitaus größeren Umfang einnimmt.

Darüber hinaus hat das BayObLG mit Beschluss vom 9. Oktober 1998 (3 Z BR 235/98, NJW-RR 1999, 517) gerade für einen Fall, in dem ein Betreuer Vergütungsansprüche gegen den (verstorbenen) Betreuten geltend gemacht hat, ausgeführt, dass die Verjährung der Vergütungsansprüche des Betreuers während der Dauer des Betreuungsverhältnisses gehemmt ist. Auch mit dieser Entscheidung ist § 207 Satz 3 und 4 BGB-E nicht zu vereinbaren.

16. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (§ 213 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 213 BGB-E inhaltlich und sprachlich klarer gefasst werden kann.

B e g r ü n d u n g

Nach § 213 BGB-E gelten die Hemmung und der erneute Beginn der Verjährung auch „für Ansprüche, die neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind“.

Damit soll nach der Gesetzesbegründung in Anlehnung an § 477 Abs. 3 BGB erreicht werden, dass die Wirkungen der Hemmung oder des erneuten Beginns der Verjährung nicht nur für den geltend gemachten Anspruch im prozessrechtlichen Sinne eintreten, sondern auch für Ansprüche, die wahlweise neben dem geltend gemachten Anspruch gegeben sind oder auf die stattdessen übergegangen werden kann. Es muss sich also um Fälle handeln, in denen das Gesetz dem Gläubiger von vornherein mehrere Ansprüche zur Wahl stellt oder es ihm ermöglicht, in Verfolgung des gleichen wirtschaftlichen Interesses von einem zum anderen Anspruch überzugehen. Ein solches Verhältnis soll beispielsweise nicht gegeben sein zwischen dem Anspruch auf Erfüllung und dem Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens, da es sich hierbei um Ansprüche handle, die von vornherein nebeneinander und nicht wahlweise gegeben seien.

Dem Wortlaut der Vorschrift lassen sich die in der Gesetzesbegründung dargestellten Anforderungen zumindest für die wahlweise nebeneinander bestehenden Ansprüche nicht entnehmen. Mit der Formulierung: „die neben dem Anspruch ... gegeben sind“, wird weder das Wahlverhältnis zwischen den Ansprüchen noch die Tatsache verdeutlicht, dass die Ansprüche auf das gleiche Interesse gerichtet sein müssen.

Da – wie in der Gesetzesbegründung zutreffend dargestellt wird – gewisse Abgrenzungsschwierigkeiten in diesem Bereich ohnehin nicht zu vermeiden sein werden, muss der Wortlaut der Vorschrift so konkret und prägnant wie möglich zumindest die klaren Fallkonstellationen beschreiben.

17. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3** (§ 218 Abs. 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 218 Abs. 1 BGB-E dahin zu ergänzen ist, dass im Falle der Verjährung des Anspruchs auf die Leistung oder des Anspruchs auf Nacherfüllung auch der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 281 BGB-E entfällt.

B e g r ü n d u n g

Unter ähnlichen Voraussetzungen wie beim Rücktritt nach § 323 BGB-E kann der Gläubiger nach § 281 i. V. m. § 280 BGB-E Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat und die Frist erfolglos abgelaufen ist, es sei denn, der Schuldner musste trotz der Fristsetzung nicht mit dem Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung rechnen. Wählt der Gläubiger im Fall der Teilnichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung nach § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB-E den großen Schadensersatz, gestaltet sich das Schuldverhältnis ähnlich wie beim Rücktritt nach § 323 BGB-E um (§ 281 Abs. 4 BGB-E). Es dient daher jedenfalls der Klarstellung, dass sich die Regelung des § 218 Abs. 1 BGB-E nicht auf die Ausübung des Rücktrittrechts beschränkt, sondern auch das weitergehende Recht, Schadensersatz nach § 281 BGB-E zu wählen, erfasst (vgl. auch S. 140 der Entwurfsbegründung, die auch das Verlangen von Schadensersatz nach § 281 Abs. 3 BGB-E dem Rücktrittsverlangen ähnlich behandeln will).

Diese Klarstellung ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil der Schadensersatzanspruch aus den §§ 281 und 437 Nr. 3 BGB-E ohnehin selbständig nach § 438 BGB verjährt. Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 Abs. 1 BGB-E entsteht erst mit Fristablauf, spätestens mit dem Verlangen nach Schadensersatz nach § 281 Abs. 3 BGB-E. Insoweit ist unklar, ob dieser zunächst noch nicht entstandene Schadensersatzanspruch schon den besonderen Verjährungsregelungen des § 438 Abs. 1 und 2 BGB-E unterworfen ist und die Verjährung – obgleich der Anspruch nicht entstanden ist – bereits mit der Ablieferung der Sache zu laufen beginnt (§ 438 Abs. 2 BGB-E). Der BGH hat erst kürzlich für die §§ 480 und 326 BGB

entschieden, dass der Verjährungsbeginn bei § 477 Abs. 1 BGB das Entstehen des Anspruchs voraussetzt (vgl. BGH, NJW 1999, 2884; Palandt/Putzo, BGB-Komm., 60. Aufl., § 477 Rdnr. 11). In der Grundaussage liegt diese Auffassung auch dem Entwurf zugrunde, nach dem der Gläubiger eine reale Chance haben soll, seine Ansprüche vor Eintritt der Verjährung realisieren zu können.

18. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 5** (§ 247 BGB)

Der Bundesrat bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Regelung des § 247 BGB-E zu überprüfen.

Begründung

Der zum 1. September 2001 geltende Basiszinssatz muss erstmals zum 1. Januar 2002 angepasst werden. Da § 247 BGB-E jedoch am 1. Januar 2002 in Kraft treten soll, ist die Vorschrift nach ihrem Wortlaut so zu verstehen, dass die erste Anpassung am 1. Juli 2002 erfolgt. Durch die Formulierung der Vorschrift oder ein vorgezogenes Inkrafttreten muss sichergestellt werden, dass die erforderliche Anpassung zum 1. Januar 2002 vorgenommen wird.

In Absatz 1 Satz 3 der Vorschrift sollten außerdem vor dem Punkt die Wörter „vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres“ eingefügt werden, um entsprechend Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe c der Richtlinie 200/35/EG den Bezugszeitpunkt ausreichend genau festzulegen.

19. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6** (§ 275 Abs. 1, 2 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 275 Abs. 1 und 2 Satz 1 BGB-E die Wörter „und solange“ jeweils gestrichen werden sollten.

Begründung

Die Einbeziehung der vorübergehenden Unmöglichkeit löst die in der Begründung des Gesetzentwurfs aufgeführten Fälle, in denen der Verpflichtete wieder leistungspflichtig wird.

Die Regelung wirft jedoch eine ganze Reihe von Folgeproblemen auf, die allesamt in dem Entwurf nicht geregelt sind. Insbesondere wären Folgeregelungen in § 275 Abs. 3, §§ 283, 285 und 311a BGB-E erforderlich.

Deshalb ist es erwägenswert, diese Problematik wie bisher der Rechtsprechung zu überlassen.

20. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6** (§ 275 Abs. 2 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6 § 275 Abs. 2 ist Satz 2 wie folgt zu fassen:

„Das Gleiche gilt, wenn die Leistung vom Schuldner persönlich zu erbringen ist und ihm unter Abwägung seines Leistungshindernisses und des Leistungsinteresses des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.“

Begründung

Redaktionelle Vereinfachung und Klarstellung des Gewollten insbesondere betreffend die Formulierung „Leistung in der Person des Schuldners zu erbringen“, weil die Leistung nicht in der Person des Schuldners, sondern vom Schuldner in Person, also persönlich, zu erbringen ist.

21. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6** (§ 275 Abs. 2, § 276 BGB),
Nr. 9 (§ 280 Abs. 1 Satz 2, § 288 Abs. 1, 2 BGB),
Nr. 13 (§ 311a BGB),
Nr. 15 (§ 326 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob im Hinblick auf das allgemeine Leistungsstörungsrecht des Entwurfs die Besonderheiten des Arbeitsrechts durch ergänzende arbeitsrechtliche Bestimmungen abgesichert werden sollten.

Begründung

Löwisch hat in NZArbR 2001, 465 ff. die Ansicht vertreten, der Entwurf lasse Zweifel daran aufkommen, ob die arbeitsrechtlichen Grundsätze insbesondere zur Arbeitnehmerhaftung und zur Betriebsrisikolehre bestehen bleiben könnten. Der Entwurf hat dieser Gefahr zwar schon durch § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB-E Rechnung getragen. Da die angesprochenen Grundsätze aber zum Kernbestand des Arbeitsrechts gehören, sollte hier dafür Sorge getragen werden, dass die gesicherten Grundsätze des Arbeitsrechts durch die Neuregelung keinen Schaden nehmen.

22. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6** (§ 275 Abs. 3 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob es angezeigt ist, in § 275 Abs. 3 BGB-E die Verweisung auf § 280 BGB-E zu streichen.

Begründung

Weil für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in § 283 BGB-E eine Rechtsgrundverweisung auf § 280 Abs. 1 BGB-E enthalten ist, dürfte die Verweisung auf diese Vorschrift in § 275 Abs. 3 BGB-E entbehrlich sein.

23. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6** (§ 275 Abs. 3 Satz 2 – neu – BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 275 BGB-E dem Absatz 3 folgender Satz angefügt werden sollte:

„Braucht der Schuldner nach Absatz 1 oder 2 vorübergehend nicht zu leisten, gilt außerdem § 323 entsprechend.“

Begründung

Bei der vorübergehenden Unmöglichkeit führt § 275 Abs. 1 und 2 BGB-E nicht zu einem Untergang, sondern nur zu einer Hemmung des Leistungs- und Gegenleistungsanspruchs (§ 326 Abs. 1 BGB-E). Für den Gläubiger besteht jedoch ein praktisches Bedürfnis,

eine endgültige Bereinigung der Rechtslage herbeizuführen. Dies ist indessen nicht möglich, weil in § 275 Abs. 3 BGB-E nicht auf § 323 BGB-E Bezug genommen wird. Dies ist in den Fällen eines dauerhaften Leistungshindernisses auch nicht erforderlich. Für den Fall der zeitweiligen Unmöglichkeit muss dies deshalb gesondert angeordnet werden. § 323 BGB-E hält für diesen Fall eine sachgerechte Lösung bereit. Schwierigkeiten kann lediglich die Frage der Fälligkeit bereiten, die § 323 BGB-E voraussetzt, wenn diese erst nach dem Eintritt der vorübergehenden Unmöglichkeit eingetreten wäre. Bei einer entsprechenden Anwendung des § 323 BGB-E kann dann aber auf den Zeitpunkt abgestellt werden, in dem der Anspruch auf die Leistung ohne das vorübergehende Leistungshindernis fällig geworden wäre. Dies bedarf keiner ausdrücklichen gesetzlichen Regelung.

24. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6** (§ 276 Abs. 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6 § 276 Abs. 1 Satz 1 sind die Wörter „der Natur der Schuld“ durch die Wörter „bei einer Geldschuld“ zu ersetzen.

Begründung

Nach § 276 BGB war bisher eindeutig geregelt, dass der Schuldner, vorbehaltlich einer anderweitigen Bestimmung, nur fahrlässiges und vorsätzliches Handeln zu vertreten hat. Dieser bewährte Grundsatz galt nicht nur im Vertrags-, sondern auch im Deliktsrecht. Ausnahmen hiervon mussten entweder im Gesetz, wie z. B. in den Fällen einer verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung, geregelt sein oder sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses selbst ergeben, wie etwa bei einer Garantieübernahme.

Abweichend hiervon soll sich nunmehr auch „aus der Natur der Schuld“ ein anderer Haftungsmaßstab ergeben können. Zwar ist nach der Begründung des Gesetzentwurfs dabei in erster Linie an die Geldschuld gedacht, bei der der Schuldner anerkanntermaßen für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat. Nicht von der Hand zu weisen ist jedoch, dass diese in Folge ihrer Unbestimmtheit auslegungsbedürftige Neuregelung in der Praxis überdehnt und zu einer Haftungsverschärfung im Sinne einer Garantiehaftung ohne Verschulden in weiten Teilen des Vertragsrechts führen wird. Jedenfalls ist die Entwicklung der Rechtsprechung hierzu, die letztlich über die Tragweite der Vorschrift zu befinden hätte, kaum vorhersehbar. Die Sicherheit des gewerblichen Rechtsverkehrs erfordert aber eindeutige, kalkulierbare Normen, die insbesondere das Haftungsrisiko, das für den Schuldner mit besonders gravierenden Rechtsfolgen verbunden ist, an klar umrissene Voraussetzungen knüpfen. Die Eröffnung einer über die Fahrlässigkeit hinausgehenden Haftung „aus der Natur der Schuld“ ist damit nicht vereinbar und sollte deshalb zurückgenommen werden.

Der Spezialfall der Haftung für Geldschulden sollte ausdrücklich gesetzlich geregelt werden.

25. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9** (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Beweislastverteilung in § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB-E zu überprüfen.

Begründung

Die Begründung des Gesetzentwurfes geht davon aus, dass § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB-E lediglich die gegenwärtige Rechtslage wiedergibt. Dies ist in dieser Form nicht zutreffend. Richtig ist, dass §§ 282 und 285 BGB auch in anderen Fällen entsprechende Anwendung finden. Dies gilt aber nicht generell. Etwa in dem weiten und wichtigen Bereich der positiven Vertragsverletzung wird weder von der Lehre noch von der Rechtsprechung eine entsprechende Anwendung des § 282 BGB befürwortet. Die Rechtsprechung differenziert nach Gefahren- und Verantwortungsbereichen.

26. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9** (§ 281 Abs. 1 Satz 3 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB-E vor dem Wort „teilweise“ das Wort „nur“ eingefügt werden sollte.

Begründung

Sprachliche Klarstellung des Gewollten.

27. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9** (§ 281 Abs. 1 Satz 3 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Formulierung „wenn sein Interesse an der geschuldeten Leistung dies erfordert“ hinreichend verständlich und interessengerecht ist.

Begründung

Nach § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB-E kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen, wenn der Schuldner nur teilweise oder nicht wie geschuldet geleistet hat und das Interesse des Gläubigers an der geschuldeten Leistung dies erfordert. Andernfalls soll der Gläubiger Schadensersatz nur für den ausgebliebenen oder mangelhaften Teil der Leistung beanspruchen können.

Das „Interesse an der geschuldeten Leistung“ ist jedoch bei allen Gläubigern einheitlich darauf gerichtet, die vereinbarte Leistung vollständig und in vertragsgemäßer Güte zu erhalten. Das – bei allen Gläubigern gleiche – Interesse kann daher nicht einerseits einen Schadensersatz statt der ganzen Leistung und andererseits nur einen „teilweisen“ Schadensersatz erfordern. Die Beantwortung der Frage, wann der Gläubiger „ganzen“ und wann „teilweisen“ Schadensersatz erhalten können soll, muss sich deshalb daran orientieren, ob eine teilweise oder mangelhafte Leistungserbringung für den Gläubiger überhaupt einen Sinn hat (wobei insoweit eine objektive als auch eine subjektive Sichtweise zu Grunde gelegt werden könnte), weil nur in diesem Fall der Gläubiger auf einen „teilweisen“ Schadensersatz verwiesen werden kann.

Im Übrigen sieht auch § 323 Abs. 4 Satz 1 BGB-E, der sich mit der gleichen Problematik für das Rücktritts-

recht befasst, eine andere Formulierung vor. Dort heißt es: „wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat“.

Die derzeitige Fassung des § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB-E sollte unter Berücksichtigung oben genannter Gesichtspunkte nochmals überdacht werden.

28. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9** (§ 281 Abs. 2, § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB),
Nr. 15 (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB)

Artikel 1 Abs. 1 ist wie folgt zu ändern:

a) Nummer 9 ist wie folgt zu ändern:

aa) In § 281 ist Absatz 2 wie folgt zu fassen:

„(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert.“

bb) § 286 Abs. 2 ist wie folgt zu ändern:

aaa) In Nummer 3 ist das abschließende Komma durch einen Punkt zu ersetzen.

bbb) Nummer 4 ist zu streichen.

b) In Nummer 15 § 323 ist Absatz 2 wie folgt zu ändern:

aa) In Nummer 2 ist das Wort „oder“ am Ende durch einen Punkt zu ersetzen.

bb) Nummer 3 ist zu streichen.

Begründung

Die zu streichenden Vorschriften enthalten jeweils Tatbestände, die eine erforderliche Fristsetzung entbehrlich machen (so bei §§ 281, 323 BGB-E) bzw. zum sofortigen Verzugseintritt führen (so bei § 286 Abs. 2 BGB-E). In ihrer generalklauselartig weiten Formulierung und der gehäuften Verwendung wertungsbedürftiger Rechtsbegriffe („besondere Gründe“, „beiderseitige Interessenabwägung“) lassen sie keine klare Vorhersage zu, wann ihre Rechtsfolgen eintreten.

Die in der Gesetzesbegründung angeführten Beispiele enthalten teilweise schon seit langem in der Rechtsprechung anerkannte Fallgruppen, bei deren Vorliegen von einer Mahnung abgesehen werden konnte (vgl. Entwurfsbegründung, S. 146), andererseits Hinweise auf ganz besondere Vertragstypen („Just-in-Time-Verträge“, siehe Entwurfsbegründung, S. 139 f.), die sich kaum verallgemeinern lassen und ohnehin Gegenstand umfangreicher Klauselwerke sind. Gesetzlicher Regelungsbedarf besteht in keinem der genannten Fälle.

Insgesamt führen diese Tatbestände zu einer erheblichen Verwässerung der gesetzlichen Regelung. Dem Rechtsanwender wird der Ausnahmecharakter dieser Bestimmungen nicht bewusst, was zu einer erheblichen Verunsicherung und einer Belastung der Gerichte mit Streitfragen über Anwendbarkeit und Reichweite dieser Tatbestände führt. Die Regelungen widersprechen daher auch dem Ziel des Gesetzes, ein einfacheres und klareres Schuldrecht zu schaffen, aus dem heraus der Rechtsanwender seine Rechte und Pflichten entnehmen kann. Die Vorschriften sind daher im Sinne der Transparenz und Übersichtlichkeit zu streichen.

29. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9** (§ 281 Abs. 3 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob es erforderlich ist, in § 281 Abs. 3 BGB-E klarzustellen, welche Rechtsfolgen gelten sollen, wenn sich der vom Gläubiger geltend gemachte Schadensersatzanspruch als unbegründet erweist, etwa weil der Schuldner den Entlastungsbeweis führen kann. In diesem Fall muss der Gläubiger wieder den Leistungsanspruch geltend machen können. Der Gesetzeswortlaut legt allerdings den gegenteiligen Schluss nahe. Auch in der Begründung wird die Frage nicht näher erläutert.

30. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9** (§ 281 Abs. 4 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 § 281 Abs. 4 sind die Wörter „, sobald der Schuldner nicht mehr zu leisten braucht“ zu streichen.

Begründung

Der bezeichnete Halbsatz in § 281 Abs. 4 BGB-E ist überflüssig. Wenn der Gläubiger nach Absatz 4 Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, so ist damit nach Absatz 3 der Anspruch auf die Leistung insgesamt ausgeschlossen, weil der Gläubiger in vollem Umfang Schadensersatz verlangt hat. Der Einschränkung des letzten Halbsatzes in Absatz 4 bedarf es daher nicht.

31. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9** (§§ 281, 282 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob es zweckmäßig ist, die Regelungen über den Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung (§ 281 BGB-E) und wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht (§ 282 BGB-E) in einer Vorschrift zusammenzuführen.

Begründung

Die Unterscheidung der Pflichtverletzung in § 281 BGB-E und § 282 BGB-E erscheint schon wegen der schwierigen Abgrenzung zwischen der leistungsbezogenen und der sonstigen Pflichtverletzung problematisch. Es spricht viel dafür, dass der Schadensersatz statt der Leistung in einer einheitlichen Vorschrift für beide Bereiche der Pflichtverletzung zufrieden stellend und übersichtlich geregelt werden kann.

32. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9** (§ 283 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, wie die Folgen eines vorübergehenden Leistungshindernisses in § 283 BGB-E ausreichend geregelt werden können.

Begründung

Bei einem vorübergehenden Leistungshindernis erscheint es unangemessen, dem Gläubiger in jedem Fall sofort ein umfassendes Recht auf Schadensersatz zuzuerkennen, etwa wenn der Wegfall des Leistungshindernisses bereits erkennbar ist. Für diesen Fall kann die Wertung des § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB-E entsprechende Anwendung finden, wonach der Gläubiger

Schadensersatz nur verlangen kann, wenn sein Interesse dies erfordert.

Hat der Gläubiger seinen Anspruch auf Schadenersatz geltend gemacht, muss dasselbe gelten wie nach § 281 Abs. 3 BGB-E, d. h. der Gläubiger muss mit dem Anspruch auf Leistung grundsätzlich ausgeschlossen sein.

Es kommt folgender Satz 3 in Betracht:

„Auf ein vorübergehendes Leistungshindernis finden auch § 281 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 entsprechende Anwendung."

Alternativ könnte auch auf § 281 BGB-E insgesamt verwiesen werden. Damit würde die Parallelität zu der zu § 275 Abs. 3 BGB-E vorgeschlagenen entsprechenden Anwendung des § 323 BGB-E hergestellt. § 281 BGB-E ist ohnehin anwendbar in den Fällen des § 275 Abs. 2 BGB-E, in denen der Schuldner von der Erhebung der Einrede absieht in der Hoffnung, das Leistungshindernis werde noch rechtzeitig wegfallen. Auf die häufig unnötige Fristsetzung könnte über § 281 Abs. 2 BGB-E verzichtet werden.

33. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9** (§ 285 Abs. 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob eine gesetzliche Regelung für den Fall für erforderlich ist, dass, nachdem der Gläubiger das Herausgabeverlangen nach § 285 Abs. 1 BGB-E gestellt hat, der Schuldner wieder leistungspflichtig wird, weil das vorübergehende Leistungshindernis entfallen ist. Anders als in § 281 Abs. 3 BGB-E sollte das ius variandi bis zur Herausgabe des stellvertretenden commodum erhalten bleiben. Anschließend muss jedoch der Anspruch auf die Leistung endgültig erlöschen.

34. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9** (§ 286 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe b Doppelbuchstabe ii der Zahlungsverzugsrichtlinie in das deutsche Recht umzusetzen ist.

B e g r ü n d u n g

Nach Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe b Doppelbuchstabe ii der Zahlungsverzugsrichtlinie sind Zinsen automatisch und ohne dass es einer Mahnung bedarf 30 Tage nach dem Leistungsempfang zu zahlen, wenn der Zeitpunkt des Eingangs der Rechnung bei dem Schuldner unsicher ist. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs bedarf diese Regelung keiner Umsetzung, weil der Gläubiger den Schuldner nach § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB-E unmittelbar nach Erbringung der Leistung durch Mahnung in Verzug setzen kann. Nachdem Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe b Doppelbuchstabe ii der Zahlungsverzugsrichtlinie aber vorsieht, dass es in den Fällen, in denen der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung streitig ist, gerade nicht darauf ankommen soll, ob der Gläubiger gemahnt hat, wird die Zahlungsverzugsrichtlinie insoweit nicht umgesetzt.

35. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9** (§ 286 Abs. 3 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 § 286 Abs. 3 ist Satz 2 zu streichen.

B e g r ü n d u n g

Die Bestimmung eines mahnungsunabhängigen Verzugsbeginns innerhalb von dreißig Tagen nach Erhalt einer Rechnung dient der Verbesserung der Zahlungsmoral. Zusätzlicher verzugsbegründender Umstände bedarf es auch gegenüber Verbrauchern nicht. Die Anforderung eines zusätzlichen Hinweises auf die Rechtsfolgen in der Rechnung stellt eine unnötige Belastung der Gläubiger dar.

36. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9** (§ 288 Abs. 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 § 288 Abs. 2 sind nach dem Wort „Zinssatz" die Wörter „für die Gegenleistung in Geld" anzufügen.

B e g r ü n d u n g

Die in der Richtlinie 2000/35/EG vorgeschriebenen Zinssätze sind gemäß Artikel 1 nur für Entgeltzahlungen verpflichtend. Der sich aus der Richtlinie ergebende hohe Zinssatz sollte nicht über den Geltungsbereich der Richtlinie hinaus vorgesehen werden.

37. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9** (§ 288 Abs. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 § 288 ist Absatz 3 wie folgt zu fassen:

„(3) Der Gläubiger kann aus einem anderen Rechtsgrund höhere Zinsen verlangen."

B e g r ü n d u n g

Gegen den Gebrauch des Wortes „fortzuentrichten" in § 288 Abs. 3 BGB-E bestehen Bedenken. Dieser Wortlaut setzt voraus, dass schon vorher Zinsen zu entrichten waren. Die Kommentierungen müssen hier für die Erläuterung zu § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die Entstehungsgeschichte der Norm zurückgreifen. Die geltende Regelung bedeutet, dass ein vertraglich vereinbarter Zins auch im Falle des Verzuges maßgeblich bleibt, soweit dort nicht Sonderregelungen eingreifen (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., 60. Aufl., § 288, Rdnr. 5). Aus Anlass der Neuformulierung sollte eine entsprechend klare Fassung gewählt werden.

38. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 11** (§ 296 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 11 § 296 ist Satz 2 wie folgt zu fassen:

„Das Gleiche gilt, wenn der Handlung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt."

B e g r ü n d u n g

Anpassung der Regelung des § 296 Satz 2 BGB-E an die Vorschrift des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E, die darauf abstellt, dass eine angemessene Zeit bestimmt ist.

39. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12** (§§ 305 ff. BGB),
Nr. 13 (§§ 312b ff. BGB),
Nr. 31 (§§ 481 ff. BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob bei der Integration der Verbraucherschutzgesetze in das BGB dem Zitiergebot der zu Grunde liegenden Richtlinien erneut Rechnung getragen werden muss.

Begründung

Verschiedene Richtlinien verlangen, dass die Mitgliedstaaten in denjenigen Vorschriften, mit denen sie die Vorgaben der Richtlinie umsetzen, oder durch einen Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf diese Richtlinie Bezug nehmen. Die Verbraucherschutzgesetze erfüllen diese Verpflichtung durch einen amtlichen Hinweis. Mit der Integration der Gesetze in das BGB entfällt der Hinweis. Auch enthält der Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts keinen solchen Hinweis.

Den Rechtsunterworfenen ist daher der Bezug zu den Richtlinien nicht mehr ausreichend deutlich.

Die Hinweispflicht ergibt sich aus Artikel 12 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 94/47/EG, Artikel 15 Abs. 2 der Richtlinie 97/7/EG und Artikel 10 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG.

40. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12** (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Zweckmäßigkeit der Neuregelung in § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E zu überprüfen.

Begründung

Der Gesetzentwurf versucht, eine Regelung zur Verbesserung der Integration körperlich Behinderter zu treffen. Dieses Anliegen ist unterstützenswert. Es stellt sich aber die Frage, ob die vorgesehene Regelung hierfür zweckmäßig und geeignet ist.

Zum einen muss auf die Belange Behinderter nicht nur bei der Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, sondern überhaupt bei Abschluss und Abwicklung von Verträgen, aber auch bereits bei der Anbahnung von Geschäftsbeziehungen Rücksicht genommen werden. Insofern stellt sich die Frage der Zweckmäßigkeit einer Sonderregelung gerade zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Außerdem müssen die Auswirkungen derartiger Bestimmungen ausreichend in Betracht gezogen werden. Regelungen, die dazu führen, dass Unternehmen mit bestimmten Behinderten, etwa Blinden, möglichst überhaupt keine Geschäfte mehr abschließen, weil sie den hierfür erforderlichen unrentablen Aufwand vermeiden wollen, wären nicht im Interesse der Behinderten. Entsprechende Regelungen bedürfen deshalb einer sorgfältigen Überprüfung ihrer rechtstatsächlichen Folgen.

41. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12** (§ 305a Nr. 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren den Widerspruch aufzulösen, in dem sich der Gesetzeswortlaut und die Begründung zu § 305a Nr. 1 BGB-E befinden. Es erscheint unklar, wie die Regelung zu interpretieren ist. Der Bundesrat bittet darüber hinaus zu prüfen, ob für § 305a Nr. 1 BGB-E überhaupt eine Notwendigkeit besteht.

Begründung

Nach der vorgeschlagenen Regelung des § 305a Nr. 1 BGB-E gelten AGB auch ohne Einhaltung der Erfordernisse des § 305 Abs. 2 BGB-E als einbezogen. Damit ist eine vertragliche Vereinbarung nicht erforderlich, eine gegenteilige Vereinbarung wirkungslos. Nach der Begründung soll aber das Konsensualprinzip nicht angetastet werden, also eine Verabredung der Geltung erforderlich bleiben (S. 345f.). Dies entspricht der bisherigen Rechtslage nach § 23 Abs. 3 AGBG. Der Verzicht auf das Konsensualprinzip in Abweichung vom bisherigen Recht und entgegen der Begründung des Entwurfes bedürfte näherer Rechtfertigung. Auch in den Fällen der Nummer 1 sollte den Vertragspartnern die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben werden.

42. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12** (§ 308 Nr. 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 § 308 Nr. 1 ist die Angabe „§ 355 Abs. 1“ durch die Angabe „§ 355 Abs. 1, 2“ zu ersetzen.

Begründung

Die Vorschrift des § 10 Nr. 1 AGBG verweist zwar derzeit lediglich auf § 361a Abs. 1 BGB. Dieser wird jedoch in § 355 BGB-E auf die Absätze 1 und 2 aufgeteilt.

43. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12** (§ 309 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 § 309 sind im Einleitungssatz die Wörter „und § 478 Abs. 5 und der §§“ durch ein Komma zu ersetzen.

Begründung

Die Regelung des § 478 Abs. 5 BGB-E hat nur für Unternehmer Bedeutung, denen gegenüber gemäß § 310 BGB-E die Vorschrift des § 309 BGB-E keine Anwendung findet. Die Bezugnahme auf § 478 Abs. 5 BGB-E ist deshalb sinnlos.

44. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12** (§ 309 Nr. 4 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 § 309 Nr. 4 sind nach dem Wort „Leistung“ die Wörter „oder Nacherfüllung“ einzufügen.

Begründung

Die Ergänzung ist erforderlich im Hinblick auf die jetzige Fassung von § 281 Abs. 1 Satz 1 und § 323 Abs. 1 BGB-E, wo jeweils der Fall der Nacherfüllung (zutreffend) gesondert aufgeführt wird.

45. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12** (§ 309 Nr. 7 Buchstabe a BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob neben der Haftung für einen Körperschaden auch die Gesundheitsverletzung sowie die

Tötung genannt werden müssen, sowie ob der Tatbestand entsprechend der im Bürgerlichen Gesetzbuch geltenden Systematik für die Zurechung des Verschuldens Dritter zu formulieren ist.

Begründung

Mit der Vorschrift des § 309 Nr. 7 Buchstabe a BGB-E soll der Katalog verbotener Klauseln des Anhangs der Richtlinie 93/13/EWG vollständig umgesetzt werden. Dort ist allerdings neben der Körperverletzung auch der „Verlust des Lebens“ genannt. Da der Entwurf auch an anderen Stellen, entsprechend der Systematik des BGB, neben der Körperverletzung auch das Rechtsgut Leben selbständig nennt (vgl. § 199 Abs. 2 Satz 2 BGB-E), gibt es keinen Grund, sich im Rahmen von § 309 BGB-E auf den Tatbestand der Körperverletzung zu beschränken. Ist der Tatbestand um die Verletzung des Lebens zu erweitern, erscheint es aber auch zwingend, die Gesundheitsverletzung mit in die Regelung einzubeziehen, um Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den einzelnen Tatbeständen zu vermeiden.

Die im Entwurf verwandte Formulierung, dass die Haftung „auf einer Pflichtverletzung beruht, die der Verwender, sein gesetzlicher Vertreter oder Erfüllungsgehilfe zu vertreten hat“, steht im elementaren Widerspruch zur Begründung der Haftung im Schuldverhältnis nach den §§ 280 und 276 BGB-E und dem Verständnis der Haftungszurechung nach § 278 BGB. Nach § 280 BGB-E muss der Schuldner die Pflichtverletzung nach § 276 BGB-E zu vertreten haben. Die in § 278 BGB genannten Personen (gesetzlicher Vertreter, Erfüllungsgehilfe) sind nicht Partei des Schuldverhältnisses; sie treffen daher weder Pflichten aus diesem noch kann gegen sie eine (Schadensersatz-)Haftung aus diesem Schuldverhältnis begründet werden. Vielmehr muss sich der Schuldner (nur) deren schuldhaftes Verhalten (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) nach § 278 BGB zurechnen lassen. Dies verkennt der Entwurf, indem er gegenüber dem Erfüllungsgehilfen und dem gesetzlichen Vertreter nicht auf die vorsätzliche oder fahrlässige Herbeiführung des Erfolges, sondern auf das „Vertreten müssen“ abstellt. Zutreffend ist die Formulierung in § 309 Nr. 7 Buchstabe b BGB-E die insoweit auch die Regelung des § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz übernimmt.

46. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12** (§ 309 Nr. 7 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die aus § 23 Abs. 2 Nr. 3 AGB-Gesetz übernommene Ausnahmeregelung mit Nummer 1 Buchstabe a des Anhangs zu Artikel 3 Abs. 3 der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Vertragsklauseln vereinbar ist.

Begründung

Die Begründung des Gesetzentwurfes geht davon aus, dass Nummer 1 Buchstabe a des Anhangs zu Artikel 3 Abs. 3 der Richtlinie trotz der weichen Formulierung des § 3 Abs. 3 der Richtlinie verbindlich ist. Sie stützt dies auf eine Entscheidung des EuGH, der dieses Problem nicht ausdrücklich anspricht, jedoch entsprechend dieser Auffassung urteilt. Dann stellt sich allerdings die Frage, wie die vorgesehene Ausnahme mit der Richtlinie vereinbar ist. Die Richtlinie sieht derartige Ausnahmen nicht vor.

47. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12** (§ 309 Nr. 8 Buchstabe a BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 § 309 Nr. 8 Buchstabe a sind die Wörter „, soweit sie nicht zum Nachteil des Fahrgastes von der Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. Februar 1970 abweichen;“ durch die Wörter „unter den dort genannten Voraussetzungen;“ zu ersetzen.

Begründung

Verkürzung des Gesetzestextes durch Vermeidung unnötiger Wiederholungen.

48. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12** (§ 309 Nr. 8 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, wie die Formulierung des § 309 Nr. 8 BGB-E angemessen eingeschränkt werden kann.

Begründung

§ 11 Nr. 8 AGB-Gesetz war bisher allein bezogen auf die Fälle von Unmöglichkeit und Verzug. § 11 Nr. 9 AGB-Gesetz war bezogen auf Teilunmöglichkeit und Teilverzug. Die Neugestaltung des Leistungsstörungsrechts macht zwar eine Umformulierung dieser Bestimmungen nötig. Die jetzt vorgesehene Fassung schränkt die Möglichkeit vertraglicher Haftungseinschränkungen jedoch sehr viel weitgehender ein als bisher und erfasst auch alle Fälle der Schlechtleistung.

Dies ist in besonderem Maße bedenklich bei Geschäften zwischen Verbrauchern, bei denen gebrauchte Gegenstände unter Verwendung allgemein gebräuchlicher Formulare veräußert werden, wie z. B. beim Verkauf gebrauchter Kraftfahrzeuge. Weder in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie noch in der Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln ist vorgesehen, dass der bisher übliche Gewährleistungsausschluss in solchen Fällen nicht mehr zulässig sein soll. Es besteht auch keine Veranlassung, an dieser Rechtslage etwas zu ändern.

Die jetzt vorgesehene Regelung des § 309 Nr. 8 BGB-E soll offenkundig auch die Fälle erfassen, in denen etwa in § 437 BGB-E auf §§ 323, 326 Abs. 1 Satz 3, §§ 280, 281, 283, 311a BGB-E verwiesen wird.

§ 309 Nr. 8 BGB-E muss deshalb entsprechend eingeschränkt werden. Gegebenenfalls muss für Geschäfte zwischen Verbrauchern eine Sonderregelung getroffen werden.

49. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12** (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 § 310 Abs. 3 Nr. 2 ist die Angabe „die § 305c Abs. 2 und §§ 306 bis 309“ durch die Angabe „§ 305c Abs. 2 und die §§ 306, 307 bis 309“ zu ersetzen.

Begründung

Nach der Begründung des Gesetzentwurfes soll lediglich § 24a AGB-Gesetz übernommen werden. Dort wird jedoch § 7 AGB-Gesetz nicht in Bezug genommen, weshalb auch die Verweisung auf § 306a BGB-E entfallen muss, der § 7 AGB-Gesetz entspricht. Andernfalls bedürfte die Änderung näherer Begründung.

50. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12** (§ 310 Abs. 4 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Ausnahme für das Arbeitsrecht in § 310 Abs. 4 BGB-E (bisher § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz) noch sachgerecht ist.

Begründung

§ 23 Abs. 1 AGB-Gesetz bestimmt gegenwärtig, dass das AGB-Gesetz insgesamt auf Arbeitsverträge keine Anwendung findet. Das bedeutet, dass sowohl die Vorschriften des AGB-Gesetzes über die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen als auch die Vorschriften über ihre Kontrolle nicht auf Arbeitsvertragsbedingungen anzuwenden sind. Hieraus ist aber nicht der Schluss zu ziehen, dass eine AGB-Kontrolle im Bereich des Arbeitsrechts nicht stattfindet. § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz wird nämlich einhellig so ausgelegt, dass die Vorschrift nur speziell die Anwendung des AGB-Gesetzes, nicht aber die Vornahme einer AGB-Kontrolle an sich untersage. Das Bundesarbeitsgericht geht deshalb derzeit so vor wie der Bundesgerichtshof vor Schaffung des AGB-Gesetzes. Auf der Grundlage von §§ 242 und 315 BGB werden Arbeitsvertragsbedingungen im Prinzip so überprüft, als fände jedenfalls § 9 AGB-Gesetz auf sie Anwendung. Damit stellt sich die Frage, ob die Herausnahme des Arbeitsrechts insgesamt aus dem Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes und der dieses insoweit ersetzenden §§ 305 ff. BGB-E sachlich gerechtfertigt ist.

51. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12** (§ 310 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, wie sichergestellt werden kann, dass die Neuregelungen des Gesetzes nicht zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit von Unternehmen bei der Gestaltung ihrer Vertragsbeziehungen untereinander führen.

Begründung

Die Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen erfolgt gemäß § 307 BGB-E anhand der wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung. Diese werden durch den vorliegenden Gesetzentwurf in erheblichem Umfang vor allem zu Gunsten der Käufer und Werkbesteller verschärft. Damit besteht die Gefahr, dass eine gleichartige Verschiebung der Gewichte anhand der AGB-Kontrolle auch zwischen Unternehmen herbeigeführt wird, obwohl dort kein entsprechendes Schutzbedürfnis vorhanden ist und keine Veranlassung besteht, bislang zulässige Allgemeine Geschäftsbedingungen für unzulässig zu erklären. Die Entwicklung der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen auf Grund des vorliegenden Gesetzentwurfes bereitet deshalb der deutschen Wirtschaft größte Sorge. Es wird ein zunehmender Druck zum Ausweichen auf ausländisches Recht befürchtet, was nicht Ziel des deutschen Gesetzgebers sein kann.

In § 310 BGB-E sollte dem in geeigneter Weise Rechnung getragen werden, etwa indem die (in aller Regel) deutlich geringere Schutzbedürftigkeit bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Unternehmen herausgestellt wird. So könnten etwa in Absatz 1 Satz 2 nach dem Wort „Gebräuche“ die Worte „sowie die geringere Schutzbedürftigkeit“ eingefügt werden.

52. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13** (§ 311a BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, wie die Folgen eines vorübergehenden Leistungshindernisses in § 311a BGB-E ausreichend geregelt werden können.

Begründung

Auf die Ausführungen zu § 283 BGB-E wird Bezug genommen. Da § 311a Abs. 2 BGB-E eine eigene Anspruchsgrundlage darstellt, muss hier die Problematik gesondert, aber entsprechend der Lösung in § 283 BGB-E geregelt werden.

53. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13** (§ 311a Abs. 2 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob der in § 311a Abs. 2 BGB-E vorgesehene eigenständige Schadensersatzanspruch bei anfänglicher Unmöglichkeit allen zu erfassenden Fällen gerecht wird oder ob der Sekundäranspruch bei anfänglicher Unmöglichkeit nicht doch besser im Rahmen der allgemeinen Haftungsnormen der §§ 280 und 283 BGB-E erfasst sein sollte.

Begründung

Ein Fall der in § 311a BGB-E erfassten anfänglichen Unmöglichkeit liegt auch vor, wenn das verkaufte Recht nicht existiert. In diesem Fall sehen die §§ 437 und 440 BGB eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung des Verkäufers vor (vgl. Palandt/Putzo, BGB-Komm., 60. Aufl., § 437, Rdnr. 6). Nach der Regelung des § 311a BGB-E hängt die Haftung des Verkäufers in einem solchen Fall künftig davon ab, ob er das Nichtbestehen des Rechts oder (im Fall des Forderungsverkaufs) Einwendungen und Einreden des Schuldners gegenüber der abgetretenen Forderung kannte oder kennen musste. Ob auch in diesem Fall der Übergang vom Garantieprinzip zum Verschuldensprinzip überzeugt und sachlich gerechtfertigt ist, lässt die Begründung offen, da sie sich mit dem Rechtskauf im Rahmen des § 311a BGB-E nicht beschäftigt (S. 380 f.).

An anderer Stelle führt die Entwurfsbegründung wiederum aus, dass der Verkäufer eines Rechts stillschweigend Garantien für den Bestand des Rechts übernehmen könne (Entwurfsbegründung, S. 569). Die im Entwurf vorausgesetzte Möglichkeit, für den Bestand des Rechts eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht des Verkäufers anzunehmen, lässt sich

aber nur sehr schwer mit der in § 311a BGB-E gewählten Haftungsregelung vereinbaren. Diese will erklärtermaßen bei dieser Leistungsstörung nicht auf die Leistungspflicht abstellen, sondern letztlich einen Irrtumsfall erfassen (S. 381). Es kommt hiernach nur darauf an, ob der Schuldner seine Unkenntnis zu vertreten hat, nicht dagegen, ob er durch Übernahme einer Garantie sein fehlendes Leistungsvermögen vertreten muss.

Eine jedenfalls elegantere Lösung, beim Rechtskauf im Fall der anfänglichen Unmöglichkeit zu einer verschuldensunabhängigen Haftung zu gelangen, läge darin, die Haftung des Verkäufers aus den allgemeinen Haftungsbestimmungen der §§ 280 und 283 BGB-E zu begründen. Die Nichterfüllung führt zu einer Pflichtverletzung nach den §§ 280 und 283 BGB-E. Diese hat der Verkäufer verschuldensunabhängig zu vertreten, wenn sich dies aus der Natur der Schuld entnehmen lässt (§ 276 Abs. 1 BGB-E).

54. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13** (§ 312a Abs. 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 § 312a ist Absatz 2 wie folgt zu fassen:

„(2) Unterfällt ein Haustürgeschäft den Regelungen über den Verbraucherdarlehensvertrag oder den Teilzeitwohnrechtevertrag, so findet statt des Widerrufs- oder Rückgaberechts nach § 312 nur das für solche Verträge geltende Widerrufsrecht Anwendung.“

Begründung

Die Ausnahmeregelung soll nur in den Fällen gelten, in denen die Vorschriften der Sonderregelungen über ein Widerrufsrecht eine abschließende Regelung treffen.

Der Entwurf weicht entgegen seiner Begründung hinsichtlich des Verhältnisses zum Verbraucherkredit (jetzt: Verbraucherdarlehen) von § 5 Abs. 2 und 3 des Haustürwiderrufsgesetzes ab, weil bisher vorgesehen ist, dass bei einem Geschäft nach dem Verbraucherkreditgesetz die Vorschriften dieses Gesetzes Anwendung finden, während nun nur noch die Vorschriften über den Widerruf vorrangig sein sollen. Da die Vorschriften über Haustürgeschäfte sich auf die Einräumung eines Widerrufs- oder Rückgaberechtes beschränken, dürfte insoweit letztlich kein Unterschied bestehen.

Unklar ist jedoch, was in den Fällen des § 491 Abs. 2 und 3 BGB-E gelten soll. Während in den Fällen des Absatzes 2 die Vorschriften über das Haustürgeschäft wie bisher (vgl. nur Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., 60. Aufl., § 5 Haustürwiderrufsgesetz, Rdnr. 5) anwendbar bleiben müssen, ist die Anwendbarkeit in den Fällen des Absatzes 3 (vorher § 3 Abs. 2 des Verbraucherkreditgesetzes) zweifelhaft. Ein entsprechendes Vorabentscheidungsverfahren liegt derzeit dem EuGH vor (vgl. BGH, NJW 2000, 521). In das Gesetz ist nach einer Entscheidung des EuGH gegebenenfalls noch eine entsprechende Klarstellung aufzunehmen.

Es genügt jedenfalls nicht, wie im Entwurf vorgesehen, allein auf das Vorliegen der Voraussetzungen eines Verbraucherdarlehens abzustellen, weil damit nicht einmal etwas dazu ausgesagt wird, was in den Fällen des § 491 Abs. 2 BGB-E gelten soll.

Im Übrigen muss bei der Formulierung auch das Rückgaberecht nach § 312 Abs. 1 Satz 2 BGB-E berücksichtigt werden.

55. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13** (§ 312b BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob und in welchem Umfang § 1 Abs. 4 FernAbsG in § 312b BGB-E übernommen werden muss.

Begründung

Die Begründung zu § 312b BGB-E behauptet, mit § 312 b BGB-E sei § 1 FernAbsG wörtlich übernommen worden. Damit ist auch Absatz 4 gemeint. Da dieser jedoch fehlt, ist offen, ob es sich hierbei um ein redaktionelles Versehen handelt oder ob sachliche Gründe für die Streichung maßgebend sind. Diese wären darzulegen.

56. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13** (§ 312b Abs. 3 Nr. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 § 312b Abs. 3 Nr. 3 sind die Wörter „die Vermittlung von Darlehensverträgen“ durch das Wort „Darlehensvermittlungsverträge“ zu ersetzen.

Begründung

Entgegen der Begründung, die behauptet, § 312b BGB-E übernehme wörtlich § 1 FernAbsG, sind diese Wörter zusätzlich eingefügt. Darlehensvermittlungsverträge können dem Widerrufsrecht jedoch unterfallen. Dies muss entsprechend klar formuliert werden.

57. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13** (§ 312c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 § 312c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 ist jeweils das Wort „gewerblichen“ durch das Wort „geschäftlichen“ zu ersetzen.

Begründung

In der Begründung zum Gesetzentwurf wird angegeben, durch das Abstellen auf einen „gewerblichen“ Zweck werde das Gewollte besser wiedergegeben.

Gegen diese Änderung der Formulierung des § 2 FernAbsG bestehen jedoch Bedenken. Zunächst sollten schon aus grundsätzlichen Erwägungen der Rechtskontinuität inhaltliche Änderungen des Fernabsatzgesetzes, das erst am 30. Juni 2000 in Kraft getreten ist, vermieden werden, soweit sie nicht unbedingt notwendig sind.

Die vorgesehene Änderung ist aber auch sachlich falsch und führt dazu, dass die Fernabsatzrichtlinie unzureichend umgesetzt wird. Der Anwendungsbereich der Fernabsatzrichtlinie erfasst alle Verträge zwischen Verbrauchern und Lieferern (Artikel 1). Unter Lieferer ist jede natürliche und juristische Person zu verstehen, die im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt (Artikel 2 Nr. 3). Unter einem kommerziellen Zweck im Sinne des § 4 Abs. 2 der Richt-

linie kann daher keineswegs nur ein gewerblicher Zweck verstanden werden, weil hierdurch die beruflichen Tätigkeiten, die nicht gewerblicher Natur sind, nicht erfasst würden, obwohl sie der Richtlinie unterfallen. Dies betrifft z. B. selbständige Tätigkeiten. Aus diesem Grund war die Bezeichnung „geschäftlicher“ Zweck in § 2 Abs. 1 FernAbsG zutreffend und muss beibehalten werden.

58. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13** (§ 312c Abs. 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 § 312c ist Absatz 2 wie folgt zu fassen:

„(2) Der Unternehmer hat dem Verbraucher die in der Rechtsverordnung nach Artikel 240 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Informationen in der dort bestimmten Art und Weise alsbald, spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages, bei Waren spätestens bei Lieferung an den Verbraucher, auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen.“

Begründung

Die vorgeschlagene Formulierung dient der besseren Verständlichkeit des Gesetzestextes. Die von der Bundesregierung als § 312c Abs. 2 BGB-E vorgeschlagene Vorschrift ist schwer verständlich, weil sie dreifach auf § 1 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht verweist, ohne dass dies hinreichend deutlich wird. Eine derartige Regelungstechnik ist abzulehnen.

Hinsichtlich der Wörter „Soweit nichts anderes bestimmt ist“ wird auf § 1 Abs. 2 der Verordnung Bezug genommen, ohne dass dies erkennbar wird.

Mit den Wörtern „die Informationen nach Absatz 1 Nr. 1“ wird auf § 1 Abs. 1 der Verordnung Bezug genommen, was nur über Absatz 1 erschlossen werden kann.

Mit den Wörtern „und die in der in Absatz 1 genannten Rechtsverordnung aufgeführten weiteren Informationen“ wird auf § 1 Abs. 3 der Verordnung Bezug genommen, was vor allem deshalb schwer verständlich ist, weil der Begriff der „weiteren Informationen“ im Hinblick auf die vorangehende Verweisung jedenfalls zunächst verwirrend ist.

Im Übrigen enthält Absatz 2 weitgehend Wiederholungen der in Bezug genommenen Verordnungsregelungen.

Wenn die Regelungen der Verordnung auf der Grundlage ausreichender Ermächtigung wirksam getroffen werden können, besteht für eine solche Regelungstechnik keine Notwendigkeit. Es genügt eine einfache Verweisung auf die Verordnung, die allerdings mit klarstellenden und wiederholenden Regelungen zur Form ergänzt werden kann.

59. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13** (§ 312d Abs. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren in geeigneter Form klarzustellen, dass neben der Erfüllung der sich aus § 312c Abs. 1 und 2 BGB-E i. V. m. der Rechtsverordnung nach Artikel 240 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche ergebenden Informationspflichten über bestimmte Einzelheiten des Vertrages eine gesonderte Belehrung über das Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB-E für das Anlaufen der Widerrufsfrist nach § 312d Abs. 2 BGB-E entbehrlich ist.

Begründung

Die auf Grund des Artikels 240 EGBGB zu erlassende Verordnung sieht vor, dass der Unternehmer über ein bestehendes Widerrufs- oder Rückgaberecht informieren muss (Artikel 4 Nr. 2, § 1 Abs. 1 Nr. 9 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht). Nach geltendem Recht ist unklar, ob diese Informationspflicht (bisher § 2 Abs. 2 Nr. 8, Abs. 3 FernAbsG) die sich aus den allgemeinen Bestimmungen ergebende Informationspflicht über das Widerrufs- und Rückgaberecht (§ 355 Abs. 2 BGB-E; bisher § 361a Abs. 1 Satz 3 BGB) ersetzt oder neben sie tritt (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., 60. Aufl., § 3 FernAbsG, Rdnr. 4). Da es sich bei einer doppelten Information um einen überflüssigen Formalismus handelt, sollte im Interesse der Rechtssicherheit klargestellt werden, dass über das Widerrufs- und Rückgaberecht nur einmal zu belehren ist.

60. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13** (§ 312d Abs. 3 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Verweisung in § 312d Abs. 3 BGB-E auf § 355 Abs. 3 BGB-E dadurch erweitert werden kann, dass auch auf § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB-E verwiesen wird.

Begründung

§ 312d Abs. 1 BGB-E räumt den Verbrauchern bei Fernabsatzverträgen ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB-E ein. Nach § 355 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 BGB-E muss der Widerruf innerhalb von zwei Wochen ab Zur-Verfügung-Stellung der Belehrung erklärt werden. Das Widerrufsrecht erlischt jedoch spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss (§ 355 Abs. 3).

Nach § 312d Abs. 3 BGB-E soll das Widerrufsrecht bei einer Dienstleistung abweichend von § 355 Abs. 3 BGB-E erlöschen, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers vor Ablauf der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Verbraucher diese selbst veranlasst.

Der Verweis auf § 355 Abs. 3 BGB-E suggeriert, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 312d Abs. 3 BGB-E lediglich die Sechs-Monats-Frist des § 355 Abs. 3 BGB-E erlöschen soll, nicht aber auch die Widerrufsfrist von zwei Wochen nach § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB-E. Dies ist jedoch nicht zutreffend.

Wenn bei einer Dienstleistung der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung innerhalb der zweiwöchigen Widerrufsfrist des § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB-E mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers beginnt, muss das Widerrufsrecht erlöschen und kann nicht bis zum Verstreichen von zwei Wochen weiterlaufen. In dieser Weise ist auch § 3 Abs. 1 Satz 3

Nr. 2 FernAbsG ausgestaltet, dessen Buchstabe b sich allgemein auf das Widerrufsrecht bezieht und nicht auf die derzeit vorgesehene späteste Frist von vier Monaten (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., 60. Aufl. 2001, § 3 FernAbsG, Rdnr. 6).

61. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13** (§ 312d Abs. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 § 312d Abs. 3 ist das Wort „ausdrücklicher“ zu streichen.

Begründung

Für die Verschärfung der Vorschrift gegenüber § 3 FernAbsG besteht keine Veranlassung. Auch die Fernabsatzrichtlinie fordert keine ausdrückliche Zustimmung. Dieses Erfordernis stellt einen unnötigen Formalismus auf, mit dem die Vertragsparteien überfordert wären und womit dem Unternehmer ein erhebliches zusätzliches Risiko aufgebürdet würde. Eine konkludente Zustimmung muss wie bisher ausreichend sein.

Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund das Zustimmungserfordernis des Verbrauchers für den Beginn der Dienstleistung nunmehr durch das Merkmal der Ausdrücklichkeit verstärkt werden soll. Es handelt sich insoweit um die Einfügung eines unnötigen formalistischen Kriteriums.

62. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13** (§ 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB)

Der Bundesrat bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren den Zeitpunkt zu überprüfen, zu dem dem Kunden die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen so zur Verfügung gestellt werden müssen, dass er sie speichern und reproduzieren kann.

Begründung

Der in § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB-E bestimmte Zeitpunkt, nach dem die Informationen über die Vertragsbedingungen und AGB alsbald, spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages, bei Waren spätestens bei Lieferung erfüllt sein müssen, ist zu spät.

Die Vorschrift des § 312e Abs. 1 Nr. 4 BGB-E dient der Umsetzung des Artikels 10 Abs. 3 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr. Die Richtlinie sieht zwar keinen ausdrücklichen Zeitpunkt vor, zu dem diese Informationspflicht erfüllt sein muss. Doch ergibt sich aus dem Zusammenhang, dass diese Informationen – zumindest im Regelfall – beim Vertragsschluss zur Verfügung stehen sollen. Dies entspricht auch dem Schutzzweck der Bestimmung.

Die Erfüllung dieser Verpflichtung ist beim elektronischen Geschäftsverkehr technisch regelmäßig schon beim Vertragsschluss möglich und dem Unternehmer zumutbar. Insoweit unterscheidet sich der äußere Ablauf und der Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr von den Fällen des § 312c Abs. 2 BGB-E bei Fernabsatzgeschäften, auf den die Entwurfsbegründung entscheidend abstellt. Wird der Vertrag beispielsweise telefonisch im Fernabsatz abgeschlossen, können die vom Unternehmer auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellenden Informationen naturgemäß erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen.

Dagegen können beim elektronischen Geschäftsverkehr die geforderten Informationen technisch ohne weiteres schon bei Vertragsschluss dem Kunden so zur Verfügung gestellt werden, dass er sie in wiedergabefähiger Form speichern kann.

63. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13** (§ 312e Abs. 1 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 § 312e Abs. 1 der Satz 2 gestrichen werden sollte.

Begründung

Diese Vorschrift soll im Wesentlichen in wörtlicher Übernahme Artikel 11 Abs. 1 Spiegelstrich 2 der E-Commerce-Richtlinie umsetzen (so Entwurfsbegründung, S. 172). Die Richtlinie spricht jedoch lediglich vom „Eingang“ der genannten Erklärungen, nicht von deren „Zugang“. Der Begriff des Eingangs wird auch in der Richtlinie nicht näher definiert. Andererseits enthält die Richtlinie keine Einschränkung dahin, dass der Eingang erst erfolgt, wenn die Erklärung „unter gewöhnlichen Umständen“ abgerufen werden kann.

Als Regelung des Zugangs könnte die Vorschrift des § 312e Abs. 1 Satz 2 BGB-E überflüssig sein, jedenfalls aber systematisch an falscher Stelle platziert sein. Als nähere Bestimmung über den Zugang elektronischer Willenserklärungen könnte sie, entsprechend verallgemeinert, als neuer Absatz 4 des § 130 BGB in das BGB eingestellt werden. Dies erscheint jedoch wegen der ohnehin schon geltenden und anerkannten Definition des Zugangs nach § 130 Abs. 1 BGB verzichtbar (vgl. Entwurfsbegründung, S. 172).

Fraglich ist, ob eine Umsetzung dieser Richtlinienbestimmung geboten ist.

64. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13** (§ 312e Abs. 2 Nr. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 312e Abs. 2 Nr. 2 BGB-E statt der Bezeichnung „Unternehmer“ der Wortlaut der Richtlinie übernommen werden kann.

Begründung

Nach § 312e Abs. 2 Nr. 2 BGB-E sollen die Pflichten für einen Unternehmer bei Abschluss eines Vertrages im elektronischen Geschäftsverkehr dann nicht gelten, wenn „zwischen Unternehmern etwas anderes vereinbart wird.“

Diese Vorschrift soll die Einschränkungen von Artikel 10 Abs. 1 und 2 sowie Artikel 11 Abs. 1 und 2 der E-Commerce-Richtlinie übernehmen, wonach abweichende Vereinbarungen „zwischen Parteien, die nicht Verbraucher sind“ zulässig sind. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurde von der Bundesregierung eine positive Formulierung gewählt, die an die Unternehmereigenschaft des § 14 BGB anknüpft.

Eine derartige Vorgehensweise ist nur dann unbedenklich, wenn der Unternehmerbegriff (§ 14 BGB) vollumfänglich den Gegenbegriff zum Verbraucher (§ 13 BGB) darstellt, also keine Personen oder Personenvereinigungen ersichtlich sind, die weder als Verbraucher noch als Unternehmer eingestuft werden können. Dies ist jedoch nicht der Fall. Zum Beispiel lassen sich Idealvereine, gemeinnützige Stiftungen und öffentliche Einrichtungen, deren Leistungsbeziehungen ausschließlich öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind, diesen Begriffen nicht zuordnen.

Damit ist die in der Richtlinie gewählte Formulierung – „Parteien, die nicht Verbraucher sind“ – weiter als die im Gesetzentwurf vorgesehene Bezeichnung „Unternehmer“. Um Diskrepanzen und eine nicht vollständige Umsetzung zu vermeiden, sollte deshalb der Wortlaut der Richtlinie übernommen werden.

65. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13** (§ 314 Abs. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen und ggf. in geeigneter Weise klarzustellen, ob die in § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB-E erfolgte Bezugnahme auf eine Pflichtverletzung aus dem Vertrag sich auch auf die Verletzung einer „sonstigen Pflicht“ i. S. v. § 282 BGB-E beziehen soll.

B e g r ü n d u n g

Weder dem Gesetzestext noch der Entwurfsbegründung (S. 177 f.) kann eine eindeutige Aussage dazu entnommen werden, ob im Rahmen der Kündigungsvorschrift des § 314 BGB-E auch die Verletzung einer „sonstigen Pflicht“ i. S. v. § 282 BGB-E relevant werden kann. Soweit ausgeführt wird, dass auch Schutzpflichtverletzungen für die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses nach vorheriger Fristsetzung in Betracht kommen können, stellt sich die Frage, ob diese auch nicht auf das Leistungsinteresse bezogen sein können (vgl. für den Rücktritt: § 324 BGB-E). Da auch bei Dauerschuldverhältnissen, wie z. B. längerfristigen Sukzessivlieferungsverträgen, die Verletzung derartiger Neben- oder Schutzpflichten mit der Folge der Veranlassung zur Kündigung (vgl. Begründung, S. 141 unten) denkbar ist, erscheint eine entsprechende Überarbeitung der Vorschrift bzw. zumindest Klarstellung in der Begründung erforderlich.

66. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 15** (§ 323 Abs. 6 – neu –, § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB)

Artikel 1 Abs. 1 Nr. 15 ist wie folgt zu ändern:

a) Dem § 323 ist folgender Absatz 6 anzufügen:

„(6) Braucht der Schuldner die Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 oder 2 nicht zu leisten, finden die Absätze 1 bis 5 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass die Fristsetzung entbehrlich ist.“

b) In § 326 Abs. 1 ist Satz 3 zu streichen.

B e g r ü n d u n g

Die in § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB-E vorgesehene Regelung gehört systematisch zu § 323 BGB-E, weil sie nicht die Gegenleistung, sondern die Möglichkeit des Rücktritts regelt.

Sie muss umformuliert werden, weil sie das Gemeinte nicht ausreichend deutlich zum Ausdruck bringt und Missverständnisse hervorzurufen droht. Auch bei ihrem jetzigen Standort wird nicht klar genug erkennbar, dass es sich um einen Unterfall des Satzes 1 handeln soll. Bei der Einstellung in § 323 BGB-E als neuer Absatz 6 ist ohnehin eine Neuformulierung wegen des fehlenden Zusammenhangs zu § 326 Abs. 1 BGB-E erforderlich.

67. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 15** (§§ 323, 324 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob es zweckmäßig ist, die Regelungen über den Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung (§ 323 BGB-E) und wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht (§ 324 BGB-E) in einer Vorschrift zusammenzuführen.

B e g r ü n d u n g

Die Unterscheidung der Pflichtverletzung in § 323 und § 324 BGB-E erscheint wegen der schwierigen Abgrenzung zwischen der leistungsbezogenen und der sonstigen Pflichtverletzung problematisch. Es spricht viel dafür, dass der Rücktritt in einer einheitlichen Vorschrift für beide Bereiche der Pflichtverletzung zufriedenstellend und übersichtlich geregelt werden kann.

68. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13** (§ 326 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB-E die Wörter „seiner Arbeitskraft“ durch einen treffenderen Ausdruck ersetzt werden sollten.

B e g r ü n d u n g

Der Schuldner muss sich nicht nur die anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft, sondern auch seines sonstigen Leistungsvermögens anrechnen lassen, etwa bei anderweitiger Verwendung eines Restes des noch vorhandenen Leistungsgegenstandes. Dies entspricht der gegenwärtigen Rechtslage. Eine Klarstellung erscheint zweckmäßig.

69. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 19** (§ 346 Abs. 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 19 § 346 Abs. 1 sind die Wörter „unter Einschluss der durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch entstandenen Abnutzung“ zu streichen.

B e g r ü n d u n g

Die zur Streichung vorgeschlagenen Wörter sind nicht erforderlich, können aber unbegründete Zweifel wecken.

Der Entwurf will an der gegenwärtigen Rechtslage hinsichtlich der Herausgabe von Nutzungen nichts ändern (Einzelbegründung zu § 346 Abs. 1 BGB-E, zweiter Absatz): Für die Ermittlung des Wertes von Nutzungen kommt es auf die zeitanteilige lineare Wertminderung im Vergleich zwischen tatsächlicher Gebrauchsdauer und voraussichtlicher Gesamtnutzungsdauer („Wert-

verzehr“) an (BGHZ 115, 47 <54 f.>; BGH NJW 1996, 250 <252>; Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 347 Rdnr. 9). Dies findet sich bislang nicht im geltenden Gesetzestext und braucht auch zukünftig nicht im Einzelnen im Gesetzestext enthalten zu sein. Durch die im Entwurf vorgesehene Formulierung würde die bisher unstreitige Rechtslage nicht verdeutlicht. Vielmehr bestünde die Gefahr, dass der Begriff „Abnutzung“ nicht im Sinne von Wertverzehr verstanden wird, sondern im Sinne von äußerlich feststellbaren Gebrauchsschäden. Schließlich sollte auf den Zusatz verzichtet werden, weil eine Abnutzung nicht herausgegeben werden kann.

Es empfiehlt sich deshalb, zur Formulierung der Schuldrechtskommission (§ 346 Abs. 1 BGB-KE) zurückzukehren.

70. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 19** (§ 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 19 § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ist das Wort „Verschlechterung“ durch das Wort „Wertminderung“ zu ersetzen.

Begründung

Klarstellung des Gewollten. Auch in § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E wird unter Bezugnahme auf § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB-E von „Wertminderung“ gesprochen. Alternativ müsste der Sprachgebrauch in § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E angepasst werden.

71. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 19** (§ 346 Abs. 2 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 19 § 346 Abs. 2 ist Satz 2 wie folgt zu fassen:

„Ist im Vertrag eine Gegenleistung bestimmt, ist sie bei der Berechnung des Wertersatzes zu Grunde zu legen.“

Begründung

Die in § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB-E aufgestellte Regel, dass an die Stelle des nach § 346 Abs. 2 Satz 1 BGB-E zu leistenden Wertersatzes die Gegenleistung tritt, ist sinnvoll, wenn von vornherein feststeht, dass die erbrachte Leistung ihrer Natur nach nicht zurückgewährt werden kann. Dies trifft beispielsweise für Dienstleistungen oder die Überlassung der Benutzung einer Sache zu. Diese Regelung findet sich bisher in § 346 Satz 2 BGB und sollte in dieser Form beibehalten werden.

Die vom Entwurf in § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB-E enthaltene Verallgemeinerung dieser Regel ist dagegen in dieser Form nicht durchführbar. Sie versagt, wenn der Vertrag wegen eines Mangels rückabgewickelt werden muss (§ 437 Nr. 2, § 323 BGB-E). In diesem Fall ist gerade das gestörte Äquivalenzverhältnis zwischen der mangelhaften Leistung und der an einer mangelfreien Leistung ausgerichteten Gegenleistung der Anlass, den Vertrag rückgängig zu machen.

Nach dem Wortlaut des § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB-E würde die Gegenleistung auch dann an die Stelle des Wertersatzes treten, wenn dieser nur wegen der Verschlechterung des empfangenen Gegenstandes geschuldet wird (§ 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB-E). Dies kann aber nicht richtig sein.

Die Gegenleistung kann vielmehr nur als Ausgangspunkt der Berechnung des Wertersatzes dienen, wobei eine mangelfreie Leistung vorausgesetzt wird.

72. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26** (§ 355 Abs. 1 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 § 355 Abs. 1 Satz 1 sind die Wörter „in diesem oder einem anderen“ durch das Wort „durch“ zu ersetzen.

Begründung

Vermeidung einer unnötigen Aufblähung des bisherigen Gesetzestextes, die auch nicht in der Gesetzesbegründung erläutert wird.

73. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26** (§ 355 Abs. 3 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Erlöschensfrist des § 355 Abs. 3 Satz 1 BGB-E im Fernabsatzgesetz von sechs auf vier Monate gesenkt werden kann.

Begründung

Für die Parteien schuldrechtlicher Verträge ist es von erheblicher Bedeutung, möglichst bald Gewissheit über die Wirksamkeit abgeschlossener Verträge zu erhalten. Schwebezustände beeinträchtigen die Rechtssicherheit und erschweren die Kalkulation der Geschäftspartner. Das Widerrufsrecht, das eine gesetzliche Ausnahme vom Gebot der Verbindlichkeit von Vertragsabschlüssen begründet, sollte daher keinen zu langen Schwebezustand hervorrufen. Die Umsetzung der europäischen Richtlinien erfordert, will man eine einheitliche Regelung treffen, einen Widerrufszeitraum von vier Monaten. Es ist nicht sachgerecht, diesen Zeitraum bei der nationalen Umsetzung pauschal um zwei Monate zu verlängern.

74. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26** (§ 356 Abs. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 356 BGB-E Absatz 2 wie folgt gefasst werden sollte:

„(2) Das Rückgaberecht kann innerhalb der Widerrufsfrist, die jedoch nicht vor Erhalt der Sache beginnt, durch Rücksendung der Sache ausgeübt werden oder, wenn die Sache nicht als Paket im Inland versandt werden kann, durch Rücknahmeverlangen. § 355 Abs. 1 Satz 2 findet entsprechende Anwendung.“

Begründung

Der Gesetzentwurf übernimmt in § 356 Abs. 2 BGB-E entgegen seiner Begründung die Vorschrift des § 361b Abs. 2 Satz 1, 3 und 4 BGB nicht vollständig. Es fehlen Regelungen zum Lauf der Frist (insbesondere: kein Beginn vor Erhalt der Sache), auf die nicht verzichtet werden kann. Aus § 356 BGB-E ergibt sich nicht, welche Frist anwendbar sein soll.

Unnötig ist dagegen die vorgesehene Ergänzung des Falles, dass die Sache nicht versandt werden kann.

Dies ist ein Unterfall der fehlenden Versendungsmöglichkeit durch Paket und ist auch bisher nicht gesondert erwähnt.

§ 355 Abs. 1 Satz 2 BGB-E sollte insgesamt für entsprechend anwendbar erklärt werden, damit auch für den Fall der Rücksendung geregelt ist, dass eine Begründung nicht abgegeben zu werden braucht (bisher § 361b Abs. 2 Satz 4 BGB).

An die Stelle der Übersendung sollte auch dann die Möglichkeit eines Rücknahmeverlangens treten, wenn der Verbraucher die Sache – was er bisweilen erst nach Vertragsschluss erfährt – ins Ausland versenden müsste, was in der Regel einen erheblich größeren Aufwand erfordert.

75. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26** (§ 357 Abs. 2 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 § 357 Abs. 2 ist Satz 1 durch folgende Sätze zu ersetzen:

„Kosten und Gefahr der Rücksendung trägt der Unternehmer. Der Verbraucher ist bei Ausübung des Widerrufsrechts zur Rücksendung verpflichtet, wenn die Sache durch Paket versandt werden kann.“

Begründung

Durch Satz 1 wird klargestellt, dass die Regelung auch im Falle der Ausübung des Rückgaberechts nach § 356 BGB-E gilt (bisher: § 361b Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BGB); die Regelung fehlt im Gesetzentwurf. Sie lässt sich auch nicht im Umkehrschluss aus § 357 Abs. 2 Satz 2 BGB-E gewinnen.

Eine Rücksendeverpflichtung ergibt nur bei der Ausübung des Widerrufsrechts nach § 355 BGB-E Sinn, weil bei einem Rückgaberecht bereits dessen Ausübung die Rücksendung verlangt. Ist dies durch Paket nicht möglich und ist deshalb ein Rücknahmeverlangen ausreichend, kann nicht in § 357 Abs. 2 BGB-E gleichwohl eine Rücksendeverpflichtung geschaffen werden. Dies wäre widersprüchlich.

Auch im Falle der Ausübung des Widerrufsrechts kann eine Rücksendung nur verlangt werden, wenn diese durch Paket möglich ist. Andernfalls entstünde ein Wertungswiderspruch zu § 356 Abs. 2 BGB-E.

76. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26** (§ 357 Abs. 3 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E die Verweisung auf § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB-E zutreffend ist.

Begründung

Die Regelung in § 357 Abs. 3 BGB-E stellt im Wesentlichen eine Abkehr von § 361a Abs. 2 Satz 6 BGB dar, wonach der Verbraucher, der von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht, dem Unternehmer die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der erhaltenen Sache entstandene Wertminderung nicht zu ersetzen hat. Dieser Grundsatz soll dann nicht mehr gelten, wenn der Verbraucher vom Unternehmer über eine Vorgehensweise instruiert worden ist, wie er seine Ersatzpflicht vermeiden kann und die Wertminderung nicht lediglich auf einer Prüfung der Sache beruht.

§ 375 Abs. 3 Satz 1 BGB-E stellt diese Regelung als Ausnahme von § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB-E dar. Diese Norm betrifft jedoch den Fall, dass der Schuldner – in diesem Zusammenhang der Verbraucher, der sein Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 1 BGB-E ausgeübt hat – statt der Rückgewähr der Sache Wertersatz zu leisten hat.

Wäre mithin unter den Voraussetzungen des § 375 Abs. 3 Satz 1 BGB-E entgegen dem Wortlaut des § 346 Abs. 2 Satz 3 BGB-E die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung beachtlich, hätte dies nach § 346 Abs. 2 BGB-E zur Folge, dass der Verbraucher bereits mit Ingebrauchnahme der Sache zum Wertersatz verpflichtet wäre und nicht mehr die Möglichkeit hätte, die Sache zurückzugeben. Diese Rechtsfolge kann aber nicht gewollt sein, zumal sie mit der EU-Fernabsatzrichtlinie unvereinbar wäre.

77. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26** (§ 357 Abs. 3 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Bezugnahme in § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E auf § 355 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB-E das gesetzgeberisch Gewollte zum Ausdruck bringt.

Begründung

Durch § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E soll sichergestellt werden, dass der Verbraucher einen Wertersatzanspruch des Unternehmers vermeiden kann, indem er dessen Hinweise hierzu befolgt.

Diese Hinweise müssen deutlich gestaltet und sinnvollerweise als Begleithinweis der gelieferten Sache beigefügt sein.

Die Verweisung auf § 355 Abs. 2 BGB-E passt deshalb nicht, weil die dortige Belehrung auf die Situation beim Vertragsschluss abstellt und die Regelung – abweichend zu § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E – Leistungen anderer Art, also etwa Dienstleistungen, miterfassen muss.

Als Redaktionsversehen muss der Verweis auf § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB-E gelten. Die Hinweise des Unternehmers können sinnvollerweise nicht vom Verbraucher zu unterschreiben oder mit dessen qualifizierter Signatur zu versehen sein.

78. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26** (§ 357 Abs. 3 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Verweisung in § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E auf § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB-E zutreffend ist.

Begründung

§ 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E sieht vor, dass der Verbraucher eine durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Wertminderung zu erset-

zen hat, wenn er vorher in der Form des § 355 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB-E unter anderem auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden ist. Durch die Verweisung auf § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB-E wird festgelegt, dass der Hinweis des Unternehmers in bestimmten Fällen vom Verbraucher gesondert zu unterschreiben oder mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zu versehen ist.

Dieser Verweis kann jedenfalls für Fernabsatzverträge nicht zutreffen.

Bei Fernabsatzverträgen steht dem Verbraucher nach § 312d Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB-E ein Widerrufs- oder Rückgaberecht nach den §§ 355, 356 BGB-E zu. Gesonderte Regelungen für die Rechtsfolgen bei Ausübung des Widerrufes oder des Rückgaberechtes enthalten die Vorschriften für Fernabsatzverträge nicht, so dass auf die oben dargestellte allgemeine Vorschrift des § 357 BGB-E und damit auch auf die Hinweispflicht nach § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E zurückgegriffen werden muss. Allerdings bestimmt § 312d Abs. 2 BGB-E, dass für Fernabsatzverträge § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB-E keine Anwendung findet, während der ebenfalls anwendbare § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-E gerade auf diese Vorschrift verweist.

79. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26** (§ 357 Abs. 3 Satz 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 § 357 Abs. 3 ist Satz 3 wie folgt zu fassen:

„§ 346 Abs. 3 Nr. 3 findet keine Anwendung, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt worden ist oder hiervon anderweitig Kenntnis erlangt hat.“

Begründung

Die jetzige Formulierung würde dem Verbraucher die Beweislast dafür auferlegen, dass er nicht belehrt worden ist und keine anderweitige Kenntnis erhalten hat. Dies ist unangemessen. Die Regelung muss dahin gehend umformuliert werden, dass der Unternehmer darlegungs- und beweispflichtig dafür ist, dass er den Verbraucher belehrt hat oder dass dieser anderweitig Kenntnis erlangt hat.

80. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26** (§ 358 Abs. 2 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 § 358 Abs. 2 Satz 1 ist die Bezeichnung „§§ 355, 356“ durch die Bezeichnung „§ 355“ zu ersetzen.

Begründung

Bei einem Verbraucherdarlehen kann das Widerrufsrecht nicht durch ein Rückgaberecht nach § 356 BGB-E ersetzt werden.

81. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26** (§ 358 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB-E eine angemessene Regelung ist.

Begründung

Die Vorschrift des § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB-E verallgemeinert die bisher nur im Verhältnis zu Fernabsatzverträgen geltende Regelung in § 8 Abs. 2 VerbrKrG, ohne dass in der Begründung die Auswirkungen dieser Verallgemeinerung auf die ihrerseits generalisierte Regelung über verbundene Verträge dargestellt werden.

82. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26** (§ 358 Abs. 4 Satz 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 § 358 Abs. 4 Satz 3 sind die Wörter „Im Fall des Absatzes 2 tritt der Darlehensgeber“ durch die Wörter „Der Darlehensgeber tritt“ zu ersetzen.

Begründung

§ 358 Abs. 4 Satz 3 BGB-E nimmt lediglich die Regelung in § 9 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG auf, übersieht aber die entsprechenden Regelungen in § 4 Abs. 2 Satz 3 FernAbsG und § 6 Abs. 2 Satz 3 TzWrG. Aus diesen Vorschriften ergibt sich, dass die Regelung nicht auf den Fall des Absatzes 2 begrenzt werden kann. Auch im Falle des Absatzes 1 muss eine bilaterale Rückabwicklung zwischen Verbraucher und Darlehensgeber gewährleistet und es dem Verbraucher erspart werden, den Darlehensbetrag dem Darlehensgeber zunächst zu erstatten und sich seinerseits an den Verkäufer wegen der Rückzahlung des Kaufpreises halten zu müssen.

83. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26** (§ 359 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 § 359 Satz 2 sind die Wörter „dem anderen“ durch das Wort „diesem“ zu ersetzen.

Begründung

Das Wort „anderen“ ist schon deshalb unzutreffend, weil die Vorschrift auch die Fälle regelt, in denen der Unternehmer selbst die Gegenleistung finanziert, ein „anderer“ Unternehmer also nicht vorhanden ist. Mit dem Wort „diesem“ kann ausreichend auf den in Satz 1 bezeichneten Unternehmer des mit dem Darlehensvertrag verbundenen Vertrages Bezug genommen werden. Die im Entwurf verwendete Formulierung ist jedenfalls unschön und gibt Anlass zu Missverständnissen.

84. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 29** (§ 425 Abs. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 425 Abs. 2 BGB-E die Wörter „von der Unmöglichkeit der Leistung“ an § 275 Abs. 1 und 2 BGB-E angepasst werden müssen.

Begründung

Nach der Neukonzeption des Entwurfs sind die Fälle des § 275 Abs. 1 und 2 BGB-E gleich zu behandeln, wenn der Schuldner die Einrede nach § 275 Abs. 2 BGB-E erhoben hat. Insoweit überzeugt nicht, dass in § 425 Abs. 2 BGB-E weiterhin nur der Fall der Unmöglichkeit geregelt wird.

85. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 434 Abs. 1 Satz 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 434 Abs. 1 Satz 3 ist der Klammerzusatz „(§ 4 Abs. 1 und 2 des Produkthaftungsgesetzes)“ zu streichen.

Begründung

Die Definition in Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe d der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist enger als die Definition in § 4 Abs. 1 und 2 ProdHaftG und Artikel 3 der Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG, weil anders als dort der Hersteller von Grundstoffen und Teilprodukten nicht miterfasst wird.

Die Definition des Begriffes „Hersteller“ kann der Rechtsprechung anhand der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie überlassen werden. Andernfalls müsste eine zutreffende Definition in § 434 BGB aufgenommen werden. Eine Erweiterung des Herstellerbegriffes über die Richtlinie hinaus ist nicht angemessen.

Im Übrigen sollte nicht im BGB wegen der Definition von Begriffen auf Nebengesetze verwiesen werden. Dies ist mit dem gerade durch den vorgelegten Gesetzentwurf herausgehobenen kodifikatorischen Charakter dieses Gesetzes nicht vereinbar.

86. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 434 Abs. 1 Satz 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 434 Abs. 1 Satz 3 sind nach den Wörtern „kennen musste“ die Wörter „, dass sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt war“ einzufügen.

Begründung

§ 434 Abs. 1 Satz 3 BGB-E beinhaltet – in Umsetzung von Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe d der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie – insofern eine Ausdehnung des Fehlerbegriffs, als danach ein Sachmangel auch dann vorliegen soll, wenn die Sache nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung erwarten kann.

Die Bezugnahme auf Werbeaussagen und andere öffentliche Äußerungen hat vor allem Bedeutung bei Erklärungen des Herstellers und erweitert das Haftungsrisiko des Verkäufers beträchtlich, ohne dass dieser an solchen Werbeaussagen beteiligt gewesen sein muss. Im Interesse einer ausgewogeneren Regelung sollte deshalb auch von der in Artikel 2 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, dass die Haftung des Verkäufers in diesen Fällen durch Berichtigung der Werbung mittels öffentlicher Äußerung wieder korrigiert werden kann und somit eine Beseitigung dieser Art von Mängeln möglich ist. Dem dient die vorgeschlagene Ergänzung.

87. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 437 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 ist § 437 wie folgt zu fassen:

„§ 437
Ansprüche und Rechte des Käufers bei Mängeln

Ist die Sache mangelhaft, kann der Käufer, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nichts anderes bestimmt ist,

1. nach § 439 Nacherfüllung verlangen,
2. nach den §§ 440, 323, 326 Abs. 1 Satz 3 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 441 den Kaufpreis mindern und
3. nach den §§ 440, 280, 281, 283, 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.“

Begründung

Redaktionelle Verbesserung.

88. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 437 Nr. 3, § 439 Abs. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob im Kaufrecht bestehende Wertungswidersprüche zwischen den Regelungen zur Nacherfüllung und zum Rücktritt beseitigt werden sollten.

Begründung

Gemäß § 439 Abs. 2 BGB-E hat der Verkäufer im Verhältnis zum Käufer sämtliche zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen wie Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen. Ist die Nacherfüllung aber unverhältnismäßig und tritt der Käufer vom Kaufvertrag zurück, so können auch in diesem Fall erhebliche Aufwendungen durch die Rückabwicklung des Vertrages entstehen, die er nach dem Gesetzesentwurf vom Verkäufer nicht ersetzt verlangen kann. Ist z. B. die verkaufte Sache vom Käufer bestimmungsgemäß eingebaut worden (vgl. die Fallgestaltung in BGHZ 87, 104 ff.), so hatte der Verkäufer diese nach bisheriger Rechtslage im Rahmen der Rückabwicklung des Vertrages nach Wandelung auf seine Kosten wieder auszubauen, § 467 Satz 2 BGB. Nach dem Gesetzesentwurf gilt dies zukünftig nur, wenn dem Käufer ein Schadensersatzanspruch zusteht, d. h. nur dann, wenn der Verkäufer den Sachmangel zu vertreten hat, § 437 Nr. 3, §§ 280, 284 BGB-E. In der Konsequenz werden die Fälle der Nacherfüllung einerseits und des Rücktritts andererseits im Hinblick auf die durch die Rückabwicklung entstehenden Aufwendungen unterschiedlich behandelt. Im ersten Fall hat sie der Verkäufer zu tragen; im zweiten Fall verbleiben sie beim Käufer.

89. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 438 Abs. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 438 Abs. 3 ist nach der Bezeichnung „Absatz 1 Nr. 2 und 3“ die Bezeichnung „und Absatz 2“ einzufügen.

Begründung

Der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist muss sich im Falle der arglistigen Täuschung nach den allgemeinen Vorschriften, also nach § 199 BGB-E richten. Dies soll nach der Gesetzesbegründung die wichtigste

Folge des Absatzes 3 sein. Sie wird aber mit der derzeitigen Fassung gerade nicht erreicht, da nur eine Ausnahme von Absatz 1, nicht aber von Absatz 2 vorgesehen ist. Absatz 2 muss in die Ausnahmevorschrift einbezogen werden.

90. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 438 Abs. 3 Satz 2 – neu – BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 438 ist dem Absatz 3 folgender Satz anzufügen:

„Im Falle des Absatzes 1 Nr. 2 tritt die Verjährung jedoch nicht vor Ablauf der dort bestimmten Frist ein.“

Begründung

Die Sonderregelung über die Verjährung im Falle der Arglist des Verkäufers darf nicht dazu führen, dass die Verjährung bei Arglist in Einzelfällen früher eintritt, als es ohne diese Sonderregelung der Fall wäre. Deshalb muss durch eine ergänzende Regelung sichergestellt werden, dass bei der Haftung für Baumaterialien immer mindestens die fünfjährige Verjährungsfrist ab Ablieferung zur Verfügung steht.

91. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 438 Abs. 3a – neu – BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 438 BGB-E nach Absatz 3 folgender Absatz 3a eingefügt werden sollte:

„(3a) Ist ein neu hergestelltes Bauwerk erstmals verkauft, so verjähren die Ansprüche nicht vor Ablauf von fünf Jahren seit der Fertigstellung.“

Begründung

Nach bisherigem Recht wendet der Bundesgerichtshof beim Verkauf neu errichteter Häuser und Eigentumswohnungen auf Sachmängelansprüche des Verkäufers nicht Kaufvertragsrecht, sondern Werkvertragsrecht an (vgl. BGHZ 68, 372; NJW 1987, 2373 m. w. N.). Dieser Grundsatz wird auch auf Altbaumodernisierungen angewendet, wenn die baulichen Maßnahmen als Herstellung anzusehen sind (vgl. BGHZ 100, 391). Maßgebend für diese Handhabung ist der Umstand, dass die Gewährleistungsvorschriften des geltenden Rechts für solche Verträge unzulänglich sind (zu kurze Verjährungsfrist, fehlender Nacherfüllungsanspruch).

Auch die nach dem Entwurf in Betracht kommende Verjährungsfrist für Mängelansprüche ist in § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E mit zwei Jahren für solche Veräußerungsfälle zu kurz, weil ein beträchtlicher Teil von Baumängeln erst später als zwei Jahre nach der Herstellung des Gebäudes festgestellt wird.

Der Lösungsvorschlag der Schuldrechtskommission für diese Frage (§ 195 Abs. 2 Satz 2 BGB-KE) sollte in abgewandelter Form übernommen werden. Eine Ablaufhemmung bis fünf Jahre nach Fertigstellung des Gebäudes des Bauwerks bewirkt, dass zwischen der Fertigstellung und dem Eintritt der Verjährung stets mindestens fünf Jahre liegen, also der Zeitraum, innerhalb dessen Baumängel in aller Regel zutage treten und den der Entwurf deshalb in § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB-E bei Werkverträgen über Bauwerke als Verjährungsfrist für Mängelansprüche vorsieht. Zugleich würde die Verjährung damit nicht weiter hinausgeschoben als unbedingt notwendig. Bei einer Eigentumswohnung, die erst zwei Jahre nach Fertigstellung verkauft würde, träte die Verjährung drei Jahre nach dem Verkauf ein und nicht, wie auf Grund der bisherigen Rechtsprechung, fünf Jahre nach diesem Zeitpunkt.

Abweichend vom Vorschlag der Schuldrechtskommission sollte die Regelung auf neu hergestellte Bauwerke beschränkt werden, damit nicht auch der Weiterverkauf durch den Ersterwerber erfasst wird. Der Begriff „neu hergestellt“ hat sich in der bisherigen Rechtsprechung als hinreichend handhabbar erwiesen.

Die in der Begründung des Entwurfs (Einzelbegründung zu § 438 Abs. 2 BGB-E) gegen eine solchen Lösung dargelegten Erwägungen überzeugen nicht.

Wenn eine ausreichend lange Verjährungszeit zur Verfügung steht, ist es sachgerecht, Kaufverträge über Grundstücke mit neu hergestellten Gebäuden und über neu hergestellte Eigentumswohnungen rechtlich so zu behandeln, wie sie von den Parteien gemeint sind, als Kaufverträge. Solche Verträge sind der Sache nach Kaufverträge, weil ihnen die Zukunftsbezogenheit des Werkvertrags fehlt. Die Mängelhaftungsansprüche des Kaufrechts sind für derartige Verträge, wenn eine ausreichende Verjährungsfrist sichergestellt wird, angemessen. Der Käufer bekommt bei Mängeln den notwendigen Nacherfüllungsanspruch, und er kann nicht ohne weiteres die anderen Rechtsbehelfe wählen. Wenn das insoweit vorgesehene Wahlrecht des Käufers bei anderen Kaufverträgen vertretbar ist, dann ist das auch bei solchen Verträgen der Fall, zumal eventuelle Probleme durch § 439 Abs. 3 BGB-E aufgefangen werden. Das Selbstvornahmerecht des § 637 BGB-E wäre für bereits fertig gestellte Häuser und Wohnungen nicht von besonderer Bedeutung; den Interessen des Käufers wird auch durch die übrigen Rechtsbehelfe genügend entsprochen. Bedenken gegen den Begriff „Fertigstellung“ sind nicht gerechtfertigt. Ein solcher Begriff kann durch die Rechtsprechung in einer Weise ausgefüllt werden, dass auch unterschiedliche Fallkonstellationen angemessen gelöst werden können.

Nicht vertretbar ist es hingegen, die Lösung dieses Problembereichs der Rechtsprechung zu überlassen. Die bisherige Rechtsprechung hat die Lösung contra legem gefunden. Das war dadurch gerechtfertigt, dass auf andere Weise interessengerechte Entscheidungen nicht möglich gewesen wären. Wenn aber die Mängelhaftung einschließlich der Verjährung neu geregelt wird, so darf der Gesetzgeber es nicht der Rechtsprechung überlassen, auch gegen das neue Gesetz zu entscheiden. In Zukunft würde es hierfür an einer Legitimation fehlen. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, selbst zu entscheiden (vgl. Staudinger/Peters, BGB-Komm., Neue Bearbeitung 2000, § 651 Rdnr. 44).

92. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 438 Abs. 4 Satz 2 – neu – BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 438 ist Absatz 4 folgender Satz anzufügen:

„Macht er von diesem Recht Gebrauch, kann der Verkäufer insoweit die Sache zurückverlangen.“

Begründung

Ist der Rücktritt wegen eines Mangels der Sache nach § 218 Abs. 1 BGB-E im Hinblick auf die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs unwirksam, so ist der Käufer auf Grund des fortgeltenden Kaufvertrags berechtigt, die Kaufsache zu behalten. Wenn jedoch der Käufer auf Grund des Mangels nach Absatz 4 wegen des Rücktritts die Zahlung des Kaufpreises verweigern kann, wäre es nicht gerechtfertigt, dass er gleichwohl die Sache behalten könnte. Dies sollte im Gesetz ausgesprochen werden.

93. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 438 BGB),
Nr. 38 (§ 634a BGB)

Der Bundesrat bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Konzeption des Gesetzentwurfes zur Verjährung von Gewährleistungsrechten bei Kauf- und Werkvertrag mit Blick auf anfängliche unbehebbare Sach- und Rechtsmängel zu überprüfen.

Begründung

Die im Entwurf vorgesehenen Gewährleistungsregelungen führen dazu, dass der Käufer bei anfänglichen unbehebbaren Sach- und Rechtsmängeln sein Rücktrittsrecht (Minderungsrecht) zeitlich unbefristet ausüben kann.

Leidet die verkaufte Sache an einem nicht behebbaren anfänglichen Sachmangel, war beispielsweise der als unfallfrei verkaufte Gebrauchtwagen schon vor Gefahrübergang in einen schweren Verkehrsunfall verwickelt, scheidet ein Nacherfüllungsanspruch gemäß § 439 Abs. 1 BGB-E sowohl in Form der Beseitigung des Mangels als auch in Form der Nachlieferung gemäß § 275 Abs. 1 BGB-E aus. In diesem Fall bestimmen sich die Gewährleistungsrechte des Käufers nach § 437 Nr. 2, § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB-E. Danach muss der Käufer wegen der nicht vertragsgemäßen Leistung den Rücktritt vom Vertrag erklären. Bei diesem Rücktrittsrecht handelt es sich aber um ein Gestaltungsrecht, das nicht der Verjährung unterliegt (§ 194 Abs. 1 BGB-E). Die in § 438 Abs. 1 BGB-E für die Gewährleistungsregelungen bestimmte Verjährungsfrist greift daher nicht ein.

Der Rücktritt ist aber auch nicht nach § 218 Abs. 1 BGB-E unwirksam. Diese Vorschrift setzt voraus, dass der dem Rücktritt zugrunde liegende Nacherfüllungsanspruch im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung bereits verjährt ist. Ein solcher Anspruch auf Nacherfüllung bestand aber zu keinen Zeitpunkt und konnte daher auch nicht verjähren. Nach dem Entwurf kann der Käufer in diesem Fall auch noch nach vielen Jahren wegen des anfänglichen Sachmangels den Rücktritt vom Kaufvertrag erklären und den gezahlten Kaufpreis zurückfordern. Der durch den Rücktritt ausgelöste Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises (§ 346 Abs. 1 BGB-E) entsteht schließlich erst mit der Erklärung des Rücktritts, der das Schuldverhältnis inhaltlich umgestaltet. Der Rückzahlungsanspruch verjährt gemäß §§ 195 und 199 BGB-E erst in drei Jahren nach dessen Fälligkeit und der entsprechenden Kenntnis des Käufers. Für die ebenfalls im Entwurf als Gestaltungsrecht ausgestaltete Minderung gilt Entsprechendes (§ 441 Abs. 1 Satz 1 BGB-E).

94. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 439 Abs. 3 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 439 Abs. 3 Satz 1 ist das Wort „auch“ durch die Wörter „unbeschadet des § 275 Abs. 2“ zu ersetzen.

Begründung

Das Wort „auch“ in § 439 Abs. 3 Satz 1 BGB-E ist irreführend und sollte durch die Formulierung „unbeschadet des § 275 Abs. 2“ ersetzt werden.

95. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 439 Abs. 3 Satz 1, 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Aussage in der Begründung (Einzelbegründung zu § 439 Abs. 3 Satz 1, erster Absatz) sachgerecht ist, die mit der Nacherfüllung in der Form der Nachbesserung verbundenen Aufwendungen könnten insbesondere Händler ohne Reparaturwerkstatt unangemessen belasten.

Begründung

Der Bundesrat versteht die Regelung in § 439 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB-E unter Berücksichtigung von Artikel 3 Abs. 3 der Richtlinie 1999/44/EG so, dass der Verkäufer die gewählte Form der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit verweigern kann, wenn die Kosten unter Berücksichtigung der Kriterien in Satz 2 für ihn unzumutbar wären. Für die in der Begründung erwähnte Fallkonstellation, dass ein Händler keine Reparaturwerkstatt hat, kann das im Einzelfall bedeuten, dass eine Nachbesserung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre. Das muss aber nicht stets so sein. Für einen Gebrauchtwagenhändler, der keine eigene Reparaturwerkstatt hat, kann eine Nachbesserung durchaus zumutbar sein, zumal die Kosten für eine Nachbesserung in der Werkstatt eines Fremdunternehmers betriebswirtschaftlich nicht höher sein müssen als die Nachbesserung in einer eigenen Werkstatt.

96. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 440 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 440 Satz 2 sind die Wörter „dem Verhalten des Verkäufers“ durch die Wörter „den sonstigen Umständen“ zu ersetzen.

Begründung

Für die Frage, ob eine Nachbesserung nach dem zweiten Fehlversuch als fehlgeschlagen anzusehen ist, kann es nicht lediglich auf die Art der Sache oder des Mangels oder auf das Verhalten des Verkäufers ankommen, sondern auch auf dasjenige des Käufers, der z. B. zu erkennen geben kann, dass er mit weiteren Nachbesserungen einverstanden ist, aber auch auf sonstige Umstände, etwa das Wetter, wenn dieses für die Nachbesserung von Bedeutung ist.

Die Formulierung muss deshalb offener gestaltet werden.

97. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 443 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 ist § 443 wie folgt zu fassen:

„§ 443
Haltbarkeits- und Beschaffenheitsgarantie

(1) Übernimmt der Verkäufer oder ein Dritter die Garantie dafür, dass die Sache für eine bestimmte Dauer eine bestimmte Beschaffenheit behält (Haltbarkeitsgarantie) oder übernimmt ein Dritter die Garantie für eine bestimmte Beschaffenheit der Sache, so stehen dem Käufer im Garantiefall unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche die Rechte aus der Garantie zu den in der Garantieerklärung und der einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen gegenüber demjenigen zu, der die Garantie eingeräumt hat.

(2) Soweit eine Haltbarkeitsgarantie übernommen worden ist, wird vermutet, dass ein während ihrer Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Rechte aus der Garantie zur Folge hat.“

Begründung

Der Vorschlag will den Geltungsbereich der Vorschrift verdeutlichen und die hier behandelten Garantien gegenüber der Garantie gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB-E abgrenzen.

§ 443 BGB-E setzt Artikel 6 (in Verbindung mit Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe e der Richtlinie 1999/44/EG) um. Diese Vorschrift der Richtlinie hat zunächst die Haltbarkeitsgarantie des Verkäufers oder eines Dritten, insbesondere des Herstellers, zum Gegenstand, die im 21. Erwägungsgrund der Richtlinie näher gekennzeichnet ist. Die Haltbarkeitsgarantie will den Käufer gegen alle Sachmängel absichern, die innerhalb einer bestimmten Frist offenbar werden. Gegenüber den gesetzlichen Mängelansprüchen hat die Haltbarkeitsgarantie den Vorteil, dass die Rechte des Käufers unabhängig davon sind, ob ein Mangel schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden war.

Über die Haltbarkeitsgarantie hinaus hat Artikel 6 der Richtlinie auch Garantien zum Inhalt, die die Beschaffenheit im Zeitpunkt des Gefahrübergangs betreffen, die aber von einem Dritten, insbesondere dem Hersteller, gegeben werden und deshalb nicht als Vereinbarung der Beschaffenheit mit dem Verkäufer nach Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe a der Richtlinie bzw. § 434 Abs. 1 BGB-E anzusehen sind.

Es ist zweckmäßig, in § 443 BGB-E diese Garantieinhalte zu umschreiben und dabei die Haltbarkeitsgarantie zu definieren. Der Gegenstand des § 443 BGB-E kann damit gegenüber der in § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB-E genannten Garantie abgegrenzt werden, die bewirkt, dass der Schuldner eine Pflichtverletzung unabhängig von einem Verschulden zu vertreten hat, und die mit diesem Inhalt auch Eingang in die §§ 442 und 444 BGB-E gefunden hat.

Im Gegensatz zu der Garantie, die ein Dritter für die Beschaffenheit der Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs übernimmt, ist eine entsprechende Garantie des Verkäufers nicht in § 443 zu übernehmen. Eine solche Garantie stellt eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB-E dar, die keiner zusätzlichen Regelung bedarf. Soweit eine solche Garantie im Einzelfall die verschuldensunabhängige Haftung nach § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB-E zur Folge haben kann, ist eine über diese Vorschrift hinausgehende Regelung in § 443 BGB-E nicht angezeigt.

Die Verwendung des Begriffs „Garantie“ ohne solche Unterscheidung kann zu Verwirrung führen (vgl. z. B. Dauner-Lieb, Arnold/Dötsch/Kitz, Anmerkungen und Fragen zur konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, http://www.dauner-lieb.de/schuldrecht, S. 86, Anm. zu § 442 KF).

Der Begriff „Haltbarkeitsgarantie“ kann überdies den Unterschied zu der Mangelfreiheit verdeutlichen, die im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden sein muss.

Obwohl der Begriff der einschlägigen Werbung in Absatz 1 mit einer erheblichen Unsicherheit hinsichtlich seiner Bedeutung verbunden ist, sieht der Bundesrat davon ab, insoweit eine Änderung vorzuschlagen. Da diese Formulierung wörtlich aus Artikel 6 Abs. 1 der Richtlinie übernommen ist, könnte eine andere Textfassung wegen der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung für die Rechtsanwendung kaum einen Vorteil darstellen. Der Bundesrat geht davon aus, dass der Begriff der einschlägigen Werbung sich an die Regelung der Werbung des Verkäufers, des Herstellers oder seines Gehilfen in Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe d, Abs. 4 der Richtlinie und § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB-E anlehnt, aber hiermit nicht voll übereinstimmt. Zum einen ist die Formulierung in § 443 Abs. 1 BGB-E weniger detailliert und damit flexibler. Zum anderen muss berücksichtigt werden, dass zwar ein Händler bei Abschluss des Vertrages mit dem Käufer zumeist die Werbung des Herstellers kennen und berücksichtigen kann, dass aber umgekehrt der Hersteller keinen Einfluss auf die Werbung des Händlers hat, sie regelmäßig nicht kennt und vor allem sein Verhalten nicht darauf einstellen kann. Deshalb geht der Bundesrat davon aus, dass eigenständige Werbeaussagen des Händlers und seiner Gehilfen im Allgemeinen keinen Einfluss auf den Inhalt einer Herstellergarantie haben können.

Da die Regelung in § 443 Abs. 2 BGB-E ihrem Inhalt nach nur für die Haltbarkeitsgarantie gelten kann, sollte Absatz 2 ausdrücklich hierauf beschränkt werden.

98. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 448 Abs. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Zweckmäßigkeit der Regelung in § 448 Abs. 2 BGB-E zu überprüfen.

Begründung

Der Entwurf übernimmt eine Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1970, deren Richtigkeit allerdings heftig umstritten ist (vgl. Palandt/Putzo, BGB-Komm., 60. Aufl., § 455, Rdnr. 27).

Die Regelung steht außerdem in Widerspruch zu § 503 Abs. 2 BGB-E, wo der Rücktritt nicht in allen Fällen Voraussetzung des Herausgabeverlangens ist.

Die Rücknahme der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache kann nach geltendem Recht auch dann in Betracht kommen, wenn sich der Käufer – etwa durch Zahlungsverzug – nicht vertragstreu verhält. In diesem Fall steht ein Besitzrecht des Käufers dem Herausgabeanspruch des Eigentümers und Verkäufers nicht entgegen; der Vertrag als solcher bleibt jedoch erhalten. Diese Rechtsfolge dient dem Interesse des vertragstreuen Verkäufers am Erhalt seiner primären vertraglichen Ansprüche. Die Rückforderung der Eigentumsvorbehaltsware kann den vertragstreuen Käufer veranlassen, zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung zurückzufinden. Diese Möglichkeit sollte erhalten bleiben. § 448 Abs. 2 BGB-E, der für den Fall der Rücknahme der Sache zwingend die Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses durch Rücktritt vorsieht, ist daher zu streichen.

99. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 453 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob eine Regelung getroffen werden muss, innerhalb welcher Frist die Haftung des Verkäufers wegen eines Rechtsmangels beim Rechtskauf verjährt und wann diese Frist zu laufen beginnt.

Begründung

Die §§ 433 ff. BGB-E regeln den Sachkauf. Dort sieht § 438 BGB-E wegen der Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel eine eigenständige Verjährungsregelung vor. Nach § 438 Abs. 2 BGB-E beginnt die Verjährung – vorbehaltlich des § 438 Abs. 3 BGB-E – unabhängig von der Kenntnis des Käufers von dem Mangel beim Verkauf eines Grundstücks mit der Übergabe, im Übrigen mit der Ablieferung der Sache zu laufen.

Der Rechtskauf wird in § 453 Abs. 1 BGB-E nur durch eine pauschale Verweisung auf das Recht des Sachkaufs geregelt. Unklar bleibt danach, wie sich die Haftung des Verkäufers gestaltet, wenn das verkaufte Recht nicht existiert (die verkaufte und abgetretene Forderung besteht nicht), mit Einwendungen und Einreden des Schuldners nach § 404 BGB belastet ist oder einem Dritten gehört (das verkaufte Patent steht einer anderen Person als dem Verkäufer zu).

Denkbar ist, auf den (nicht erfüllten) Erfüllungsanspruch des Käufers aus den §§ 433 und 453 BGB-E die Vorschriften über die regelmäßige Verjährung anzuwenden (§§ 195 und 199 BGB-E). Andererseits könnten auch beim Rechtskauf auf Grund der Verweisung des § 453 BGB die Vorschriften über die Nacherfüllung und damit auch die Vorschrift des § 438 BGB-E zur Anwendung kommen. In diesem Fall unterläge der Anspruch des (Rechts-)Käufers wohl nur der kurzen zweijährigen Verjährung, da gegen den Käufer wegen des Rechtsmangels keine Herausgabeansprüche geltend gemacht werden können. Nicht geregelt wäre dann allerdings der Verjährungsbeginn. Nach § 438 Abs. 2 BGB-E setzt dieser regelmäßig die körperliche Verschaffung der Sache voraus. Unklar ist insoweit, ob beim Rechtskauf an deren Stelle das jeweilige Erfüllungsgeschäft (Abtretung oder Rechtsverschaffung) tritt. Dagegen spricht, dass der Erwerber dadurch nicht ohne weiteres in die Lage versetzt wird, das gekaufte Recht auf Fehler hin zu untersuchen.

Möglicherweise wiederum anders zu behandeln sind die in § 453 Abs. 3 BGB-E erfassten Rechte und solche Kaufverträge, die beispielsweise den Verkauf von Unternehmen, freiberuflichen Praxen etc. zum Gegenstand haben (dazu Entwurfsbegründung S. 242).

100. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (Buch 2 Abschnitt 8 Titel 1 Untertitel 1 BGB; Aufhebung der bisherigen §§ 469, 470 BGB)

Der Bundesrat bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Aufhebung der Vorschriften der §§ 469 und 470 BGB zu überprüfen.

Begründung

Die Begründung des Entwurfs führt aus, die §§ 469 bis 471 BGB würden durch die Anwendung des Rücktrittsrechts entbehrlich (S. 204 f.). Der Entwurf enthält jedoch keine Regelung, die die in den aufgehobenen Vorschriften geregelten Sachprobleme angemessen löst.

Die Vorschrift des § 469 BGB regelt den Fall, dass bei einem einheitlichen Kauf mehrerer Sachen nur eine einzelne mangelhaft ist. In diesem Fall gilt nach Satz 1 des § 469 BGB die Regel, dass nur hinsichtlich dieser Sache die Wandelung verlangt werden kann. Ausnahmsweise kann aber nach Satz 2 die Gesamtwandelung verlangt werden, wenn die Sachen als zusammengehörig verkauft werden. Der Entwurf enthält keine Regelung, wie diese Fälle künftig zu lösen sind.

Erfüllt der Verkäufer in einer in § 469 BGB genannten Fallgestaltung den Nacherfüllungsanspruch nicht, kann der Käufer nach § 437 Nr. 2, §§ 440, 323 BGB-E vom Vertrag zurücktreten. Der Rücktritt kann nach herkömmlicher Auffassung als Gestaltungsrecht nur den ganzen Vertrag erfassen (vgl. BGH, NJW 1976, 1931; Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., 60. Aufl. § 346 Rdnr. 3). Der Entwurf lässt für die nicht vertragsgemäße Leistung in § 323 Abs. 4 Satz 2 BGB-E nicht erkennen, dass er von dieser Vorstellung abrücken will. Eine Einschränkung des Rücktrittsrechts besteht danach insoweit nur, als die den Rücktritt begründende Pflichtverletzung des Schuldners nicht unerheblich sein darf. Doch betrifft dieser Tatbestand den Grad der Mangelhaftigkeit der einzelnen Sache und vermag jedoch kaum ein brauchbares Abgrenzungskriterium für den Verkauf mehrerer Sachen zu bilden. Aber auch wenn man diese Regelung auf den Rücktritt beim Verkauf mehrerer Sachen anwenden wollte, käme man in Schwierigkeiten. Sollte danach die mangelhafte Lieferung einer von mehreren verkauften Sachen als unerhebliche Pflichtverletzung einzuordnen sein, müsste der Käufer – entgegen der bisherigen Regelung des § 469 Satz 1 BGB – auch die mangelhafte Sache behalten und könnte insoweit allenfalls die Minderung geltend machen.

Danach erstreckt sich beim Verkauf mehrerer Sachen der Rücktritt des Käufers – entgegen der bisherigen

Regelung des § 469 Satz 1 BGB – zwingend auf alle verkauften Sachen. Diese Regelung entspricht weder den Interessen des Käufers, der möglicherweise an den übrigen gelieferten Sachen ein erhebliches Interesse besitzt, noch denen des Verkäufers, der (ohne dass er den Rücktritt nach § 276 BGB-E zu vertreten hat) die Vertragserfüllung zur Gänze einbüßt. Schließlich kann der Fall des Verkaufs mehrerer Sachen, bei dem nur eine einzelne gelieferte Sache mangelhaft ist, kaum als Teilleistung nach § 323 Abs. 4 Satz 1 BGB-E eingeordnet werden (vgl. S. 185 f. der Entwurfsbegründung), weil die Leistung vollständig erbracht ist.

Entsprechendes gilt für das in § 470 BGB erfasste Konkurrenzverhältnis von Haupt- und Nebensache. Auch hier ersetzt der Entwurf ein sinnvolles und abgestuftes System durch eine Einheitslösung.

101. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 457 Abs. 2 Satz 1, § 460 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 457 Abs. 2 Satz 1 und § 460 BGB-E an § 275 BGB-E angepasst werden müssen.

Begründung

In § 457 Abs. 2 Satz 1 BGB-E wird die Regelung des § 498 Abs. 2 Satz 1 BGB, in § 460 BGB-E wird die Regelung des § 501 BGB übernommen. Es wird jeweils der Fall der Unmöglichkeit behandelt, nicht der Fall des § 275 Abs. 2 BGB-E. Insoweit erscheint eine Anpassung erforderlich.

102. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 464 Abs. 1 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 464 Abs. 1 Satz 2 ist das Wort „nicht“ zu streichen.

Begründung

Die Formfreiheit der Ausübung des Vorkaufsrechts ist nicht mehr sachgerecht. Die Ausübung des Vorkaufsrechts ist in ihrer Bedeutung so komplex und weitreichend, dass es geboten erscheint, dieselbe Form wie für den Kaufvertrag zu verlangen, also für den Grundstückskaufvertrag die notarielle Beurkundung. Das Motiv für die bisherige Regelung war, dass mit § 313 BGB ursprünglich nur die Veräußerungsverpflichtung beurkundungspflichtig sein sollte und deshalb für die Ausübung des Vorkaufsrechts kein entsprechendes Schutzbedürfnis gesehen wurde. Dieser Grund ist weggefallen, seit auch die Erwerbsverpflichtung des Grundstückskäufers beurkundungspflichtig ist. Die Formfreiheit kann auch nicht damit begründet werden, dass der Berechtigte schon bei der vertraglichen Einräumung des Vorkaufsrechts notariell belehrt worden sei. Diese Belehrung bezieht sich nur auf die Bedeutung des Vorkaufsrechts, die von der rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der konkreten Ausübung dieses Rechts zu unterscheiden ist. Die notarielle Form ist zum Schutz des Vorkaufsberechtigten und insbesondere zum Schutz des Verbrauchers geboten.

103. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 474 BGB)

Der Bundesrat bittet im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Definition des Verbrauchsgüterkaufs in § 474 BGB-E wie folgt zu ergänzen ist:

a) Die Definition des Verbrauchsgüterkaufs sollte eine Ausnahmeregelung für Wasser und Gas in nicht abgefüllter Form enthalten.

b) Ein von einem Insolvenzverwalter im Rahmen der Verwertung vorgenommener Verkauf aus der Insolvenzmasse sollte aus der Definition des Verbrauchsgüterkaufs ausgenommen werden.

c) Von der in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorgesehenen Möglichkeit einer Ausnahmeregelung für den Verkauf gebrauchter Sachen durch eine der Öffentlichkeit zugängliche Versteigerung sollte Gebrauch gemacht werden.

Begründung

Zu a)

Es sollte überprüft werden, ob eine Ausnahmeregelung für Wasser und Gas in nicht abgefüllter Form erforderlich ist, um im Hinblick auf die AVBGasV und AVBWasserV Bezugs- und Versorgungsverträge über Wasser und Gas vom Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufs auszunehmen. Es wird zu bedenken gegeben, dass Allgemeingüter wie fließendes Wasser und Luft zwar keine Sachen im Sinne von § 90 BGB darstellen, weil sie der Beherrschung durch den Menschen nicht zugänglich sind, ihre Sacheigenschaft aber bejaht wird, sofern sich diese Stoffe abgegrenzt in Rohren, Becken etc. befinden (vgl. Münchener Kommentar zum BGB – Holch, 3. Aufl. 1993, § 90, Rdnr. 6 ff).

Zu b)

Nach Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe b erster Spiegelstrich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sind Güter, die auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden, von der Definition des Verbrauchsguts ausgenommen. Es sollte überprüft werden, ob der Begriff „andere gerichtlichen Maßnahmen“ auch die Verwertung in der Insolvenz erfasst und, sofern dies bejaht wird, ob von dem Insolvenzverwalter im Rahmen der Verwertung vorgenommene Verkäufe aus der Insolvenzmasse von der Definition des Verbrauchsgüterkaufes ausgenommen werden sollten. Zu dem insoweit gleich lautenden Artikel 2c CISG wird – insoweit noch zur Verwertung nach der Konkursordnung – vertreten, dass die Maßnahmen des Konkursverwalters in der Verwertung gerichtliche Maßnahmen darstellen, die zu einer Unanwendbarkeit des CISG führen (vgl. nur Staudinger-Magnus, BGB-Komm., UN Kaufrecht, Neubearbeitung 1999 Artikel 2, Rdnr. 37; von Caemmerer/Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 2. Aufl. 1995, Artikel 2 Rdnr. 24). Für eine entsprechende Auslegung von Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe b erster Spiegelstrich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie spricht insbesondere, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bemüht ist, soweit wie möglich eine Paral-

lelität mit dem CISG zu wahren. Eine Ausnahme der im Rahmen der Verwertung erfolgenden Verkäufe aus der Insolvenzmasse aus dem Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufs erscheint auch sinnvoll. Insbesondere sollte für gebrauchte Sachen die Möglichkeit des Gewährleistungsausschlusses bestehen, weil der Insolvenzverwalter die zu veräußernden Sachen nicht kennt.

Zu c)

Es sollte überprüft werden, ob von der Möglichkeit einer Ausnahmeregelung gemäß Artikel 1 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Gebrauch gemacht werden sollte. Dies erscheint insbesondere in den Fällen der Versteigerung von Fundsachen gemäß § 979 BGB oder der Versteigerung hinterlegungsunfähiger Sachen gemäß § 383 BGB sinnvoll. Ohne entsprechende Ausnahmeregelung würden z. B. bei den jährlich stattfindenden Koffer- und Fundsachenversteigerungen der Verkehrsbetriebe zwingend Gewährleistungsansprüche gegen diese begründet.

104. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 478 Abs. 2a – neu – BGB)

In Artikel 1 Nr. 31 ist § 478 wie folgt zu ändern:

a) In den Absätzen 1 und 2 ist jeweils Satz 2 zu streichen.

b) Nach Absatz 2 ist folgender Absatz 2a einzufügen:

„(2a) In Fällen der Absätze 1 und 2 findet § 476 mit der Maßgabe Anwendung, dass die Frist mit dem Übergang der Gefahr auf den Verbraucher beginnt.“

c) In Absatz 3 ist die Bezeichnung „Absätze 1 und 2“ durch die Bezeichnung „Absätze 1 bis 2a“ zu ersetzen.

Begründung

Verkürzung des Gesetzestextes durch Verbesserung der Regelungstechnik. Es ist unzweckmäßig, in den Absätzen 1 und 2 identische Sätze zu verwenden. Die Verweisungen in § 309 Satz 1 und § 479 BGB-E müssen entsprechend angepasst werden.

105. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 479 Abs. 2 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 479 Abs. 2 ist Satz 2 wie folgt zu ändern:

a) Das Wort „fünf“ ist durch das Wort „vier“ zu ersetzen.

b) Nach dem Wort „hat“ sind die Wörter „; im Falle des § 438 Abs. 1 Nr. 2 beträgt diese Frist fünf Jahre“ einzufügen.

Begründung

Die vorgesehene Frist von fünf Jahren ist zu lang. Nachdem im Entwurf gegenüber dem Diskussionsentwurf die Gewährleistungsfrist zu Recht von drei Jahren auf zwei Jahre reduziert wurde, kann auch die Höchstfrist für den Rückgriff entsprechend um ein Jahr reduziert werden. Lediglich für den Fall des § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB-E muss die Fünfjahresfrist beibehalten werden, um Widersprüche zu dieser Vorschrift zu vermeiden, die allerdings ihrerseits nicht Modell für die Gesamtregelung sein kann.

106. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 485 Abs. 4 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob für den Beginn der Widerrufsfrist nach § 485 Abs. 4 BGB-E alle in der Verordnung nach 482 Abs. 2 BGB-E geforderten Angaben im Vertrag enthalten sein müssen oder ob die Widerrufsfrist schon dann zu laufen beginnen kann, wenn lediglich die in Artikel 5 der Richtlinie 94/47/EG geforderten Angaben in der Vertragsurkunde enthalten sind.

Begründung

Die Vorschrift des § 5 Abs. 4 TzWrG verlangt für den Beginn des Laufes der Widerrufsfrist, dass lediglich die dort konkret in Bezug genommenen Angaben des § 4 TzWrG im Vertrag enthalten sein müssen. Dies entspricht den Vorgaben in Artikel 5 Nr. 1, Spiegelstrich 2 und 3 der Richtlinie 94/47/EG. Die Vorschrift des § 485 Abs. 4 BGB-E geht darüber hinaus, indem sie für den Beginn der Widerrufsfrist fordert, dass sämtliche in der Verordnung genannte Angaben erfolgt sein müssen. Die mit § 485 Abs. 4 BGB-E verbundene Verschärfung für den Anlauf der Widerspruchsfrist wird in der Entwurfsbegründung nicht näher begründet (S. 251). Diese Verschärfung erscheint auch im Interesse des Verbraucherschutzes nicht erforderlich, da es sich bei den verzichtbaren Angaben um Informationen von geringer Bedeutung handelt.

107. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 488 Abs. 1 Satz 2 sind die Wörter „zur Verfügung gestellte“ durch die Wörter „in Anspruch genommene“ zu ersetzen.

Begründung

Mit der bisherigen Formulierung ist nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass das Darlehen auch an den Darlehensnehmer ausbezahlt sein muss.

108. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 488 Abs. 3, § 489 Abs. 1 Nr. 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 ist Nummer 31 wie folgt zu ändern:

a) In § 488 Abs. 3 Satz 1 sind die Wörter „Gläubiger oder der Schuldner“ durch die Wörter „Darlehensgeber oder der Darlehensnehmer“ zu ersetzen.

b) In § 488 Abs. 3 Satz 3 und § 489 Abs. 1 Nr. 1 ist jeweils das Wort „Schuldner“ durch das Wort „Darlehensnehmer“ zu ersetzen.

Begründung

Die Formulierung passt die Vorschriften des § 488 Abs. 3 und des § 489 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E der sonst üblichen Begrifflichkeit des ersten Untertitels des dritten Titels an, der von „Darlehensgeber“ und „Darlehensnehmer“ spricht.

109. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die in der Vorschrift des § 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB-E durch die Verwendung des Begriffs des Verbrauchers sich ergebenden sachlichen Änderungen gerechtfertigt sind.

Begründung

Die Vorschrift des § 609a Abs. 1 Nr. 2 BGB, die in § 489 BGB-E aufgehen soll, galt für Darlehen, die einer natürliche Personen gewährt wurden, außer das Darlehen war ganz oder überwiegend für Zwecke der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit bestimmt.

Verbraucher nach § 13 BGB ist dagegen eine Person, die das Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs war eine solche Änderung nicht beabsichtigt (S. 253 f.).

110. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 490 Abs. 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 490 Abs. 1 BGB-E inhaltlich und sprachlich klarer gefasst werden kann.

Begründung

Nach § 490 Abs. 1 BGB-E kann der Darlehensgeber den Darlehensvertrag kündigen, wenn in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers oder eines Dritten, der für das Darlehen eine Sicherheit gestellt hat, eine wesentliche Verschlechterung eintritt oder einzutreten droht, durch die der Anspruch auf Rückerstattung des Darlehens gefährdet wird.

Hinsichtlich der Vermögensverschlechterung des Dritten, der eine Sicherheit gewährt hat, ist die Vorschrift unklar und bedarf grundlegender Überarbeitung.

So kann nicht nachvollzogen werden, wie eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des eine Sicherheit gewährenden Dritten den „Anspruch auf Rückerstattung des Darlehens“, also den Anspruch aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB-E, gefährden können soll. Eine solche Gefährdung kann allein durch eine Vermögensverschlechterung beim Darlehensnehmer eintreten, so dass diese Voraussetzung des Kündigungsrechts bei einer Vermögensverschlechterung des die Sicherheit gewährenden Dritten nie eintreten könnte, die Vorschrift mithin insoweit leerliefe. Eine Vermögensverschlechterung bei einem Sicherheit gewährenden Dritten könnte allenfalls den Anspruch auf Befriedigung aus der Sicherheit, der mit dem Anspruch auf Rückerstattung des Darlehens nicht identisch ist, gefährden, so dass gegebenenfalls diese Gefährdung als alternative Voraussetzung eines Kündigungsrechtes aufgenommen werden müsste.

Bei Korrektur der Vorschrift in vorgenanntem Sinne stellt sich jedoch die Frage, ob die Vorschrift dann nicht ein zu weitgehendes Kündigungsrecht einräumt. Der Darlehensgeber könnte dann – jedenfalls nach dem Wortlaut der Vorschrift – bereits kündigen, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers verschlechtert haben, auch wenn der die Sicherheit gewährende Dritte solvent ist, der Darlehensgeber sich also aus der Sicherheit befriedigen könnte. Andererseits wäre eine Kündigung auch dann möglich, wenn der Darlehensnehmer keine Anzeichen einer Insolvenz zeigt, sich die Vermögensverhältnisse des die Sicherheit gewährenden Dritten aber verschlechtert haben. In beiden Fällen ist ein Bedürfnis für eine Kündigung durch den Darlehensgeber jedoch nicht gegeben, da er sich entweder aus der Sicherheit oder aber aus dem Anspruch gegenüber dem Darlehensnehmer selbst befriedigen kann.

Ein Kündigungsrecht ist mithin nur dann gerechtfertigt, wenn sowohl der Anspruch aus dem Darlehensvertrag als auch – soweit vorhanden – der Anspruch aus der Sicherheit gefährdet sind, so dass zu überdenken ist, ob nicht das in § 490 Abs. 1 BGB-E aufgeführte Alternativverhältnis in ein Kumulativverhältnis umgewandelt werden sollte.

111. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 491 ff. BGB)

Der Bundesrat bittet darum, im weiteren Gesetzgebungsverfahren sicherzustellen, dass in den Vorschriften der §§ 492 bis 498 BGB-E die Person des Darlehensnehmers einheitlich entweder als „Darlehensnehmer“ oder als „Verbraucher“ bezeichnet wird.

Begründung

In der bisherigen Fassung wechseln sich die Begriffe Darlehensnehmer (z. B. § 492 Abs. 1 Satz 5, §§ 496 und 498) und Verbraucher (z. B. §§ 495 und 497 BGB-E) ab. Ein sachlicher Grund für diese Differenzierung ist nicht zu erkennen. Bei der Vereinheitlichung sollte der Bezeichnung „Verbraucher“ der Vorzug gegeben werden, um den Anwendungsbereich der Vorschriften über das Verbraucherdarlehen in Abgrenzung zum allgemeinen Darlehensvertrag immer klar erkennen zu lassen.

112. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 491 Abs. 1 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren, die Formulierung „Verbraucher im Sinne dieses Titels ist über § 13 hinaus auch, wer“ zu überprüfen.

Begründung

Nach § 491 Abs. 1 Satz 2 BGB-E soll Verbraucher im Sinne dieses Titels über § 13 BGB hinaus auch sein, wer sich ein Darlehen für die Aufnahme einer gewerblichen oder selbstständigen Tätigkeit gewähren lässt (Existenzgründer).

Durch die gewählte Formulierung wird der in § 13 BGB enthaltene Verbraucherbegriff für einen bestimmten Teilbereich des BGB erweitert, wodurch die in § 13 BGB enthaltene Definition in unerwünschter Weise an Konturen verliert. Gerade im Bereich von Definitionen sollte ein derartiges „Aufweichen“ vermieden werden, zumal hierfür auch kein Anlass besteht. Das gleiche Ziel ließe sich statt durch Erweiterung des Verbraucherbegriffs dadurch erreichen, dass man die Vorschriften des Titels für die näher beschriebenen Personen für anwendbar erklärt, ohne dieselben als Verbraucher einzustufen.

Zugleich wird darauf hingewiesen, dass die Gesetzesbegründung von einem von § 491 Abs. 1 Satz 2 BGB-E abweichenden Gesetzeswortlaut ausgeht.

113. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 491 Abs. 1 Satz 2 BGB)

a) In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 491 Abs. 1 Satz 2 ist nach dem Wort „selbständigen“ das Wort „beruflichen“ einzufügen.

b) Der Bundesrat bittet ferner, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Änderung der Beweislastverteilung für die Verbrauchereigenschaft des Darlehensnehmers gegenüber der Fassung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG angebracht ist.

Begründung

Die Ergänzung um das Wort „berufliche“ stellt lediglich die bislang verwandte Definition des Existenzgründers wieder her (§ 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG). Insoweit dürfte es sich wohl um ein Redaktionsversehen handeln.

Die bisherige Fassung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG wollte sicherstellen, dass die Beweislast für die Tatsache, dass der Darlehensnehmer nicht Verbraucher ist, den Darlehensgeber trifft. Dies wird in der neuen Formulierung geändert. Die Entwurfsbegründung äußert sich zur Beweislastverteilung nicht, geht also offenbar von einer unveränderten Beweislastverteilung aus.

114. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die in § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB-E ausgesprochene Verweisung auf § 358 Abs. 1 BGB-E zutreffend ist.

Begründung

Nach § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB-E soll – unter anderem – die Vorschrift des § 358 Abs. 1 BGB-E bei Darlehenverträgen, die in ein nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes Protokoll aufgenommen oder notariell beurkundet sind, unter den dort näher bezeichneten Umständen nicht gelten. Die Vorschrift des § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB-E greift die bisher in § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerbrKrG enthaltene Regelung auf. Während aber § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerbrKrG lediglich die Unanwendbarkeit des Widerrufsrechts nach §§ 7 und 9 Abs. 2 VerbrKrG anordnete, erfasst die Bestimmung des § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB-E auch den weitergehenden Fall, dass das mit dem Darlehensvertrag verbundene finanzierte Geschäft gem. § 358 Abs. 1 BGB-E einem verbraucherschützenden Widerrufsrecht unterfällt. Während nach § 358 Abs. 1 BGB-E der Widerruf des finanzierten Geschäfts auch die Wirksamkeit des mit diesem Vertrag verbundenen Darlehensvertrages entfallen lässt, soll dies in den Fällen des § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB-E nicht gelten. Die Entwurfsbegründung äußert sich zu dieser – vom geltenden Recht abweichenden – Regelung nicht (vgl. S. 255).

115. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 491 Abs. 3 Nr. 3 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob der in § 491 Abs. 3 Nr. 3 BGB-E enthaltene vollständige Ausschluss der §§ 358 und 359 BGB-E, der über die jetzige Regelung des § 3 Abs. 2 Nr. 4 VerbrkrG hinausgeht, sachlich gerechtfertigt ist.

Begründung

Der Entwurf sieht in § 491 Abs. 3 Nr. 3 BGB-E vor, dass die Vorschriften über verbundene Verträge (§§ 358 und 359 BGB-E) bei Darlehensverträgen, die der Finanzierung des Erwerbs von Wertpapieren, Devisen, Derivaten oder Edelmetallen dienen, nicht zur Anwendung kommen. Damit wären auch solche Widerrufsrechte vom Ausschlusstatbestand erfasst, die lediglich das finanzierte Geschäft betreffen. Der Widerruf des verbundenen Erwerbsgeschäfts hätte dann auf den verbundenen Darlehensvertrag keinen Einfluss. Diese Rechtsfolge geht über den bislang in § 3 Abs. 2 Nr. 4 VerbKrG geregelten Tatbestand hinaus. Die Entwurfsbegründung geht auf diese Abweichung nicht ein (S. 255).

116. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 495 Abs. 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren sicherzustellen, dass sich die Belehrung des Darlehensnehmers über sein Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 2 BGB-E im Falle des Verbraucherdarlehensvertrages auch auf die besondere Rechtsfolge des § 495 Abs. 2 BGB-E erstreckt.

Begründung

Nach geltendem Recht muss der Kreditgeber den Verbraucher nach § 7 Abs. 2 VerbrKrG über dessen Widerrufsrecht und die Folgen belehren, wenn der Verbraucher nach einem Widerruf das empfangene Darlehen nicht fristgerecht zurückzahlt. Unterbleibt diese Belehrung, beginnt die kurze Widerrufsfrist nicht zu laufen. Stattdessen greift die längere Jahresfrist ein.

Der Entwurf verzichtet auf eine selbstständige Regelung über die Belehrung über das Widerrufsrecht beim Verbraucherdarlehensvertrag, da sich diese bereits in § 355 Abs. 2 BGB-E befindet. Nach der allgemeinen Bestimmung muss sich die Belehrung aber nur das Widerrufsrecht und die Modalitäten der Aus-

übung erfassen. Eine Belehrung über die besondere Rechtsfolge des § 495 Abs. 2 BGB-E, nach der der Widerruf als nicht erfolgt gilt, wenn der Verbraucher das Darlehen nicht innerhalb von zwei Wochen nach Erklärung des Widerrufs oder nach Empfang des Darlehens zurückgezahlt hat, erfolgt nicht. Diese besondere Belehrung ist jedoch geboten, damit der Verbraucher sein Widerrufsrecht nicht versehentlich verliert, wenn sich die Rückzahlung des Darlehens verzögert.

117. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 497 Abs. 2 Satz 2, § 502 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 504 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 ist Nummer 31 wie folgt zu ändern:

a) In § 497 Abs. 2 Satz 2 sind die Wörter „gemäß § 246“ durch die Angabe „(§ 246)“ zu ersetzen.

b) In § 502 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 sind nach dem Wort „Betrag“ ein Komma und das Wort „Zahl“ einzufügen.

c) In § 504 Satz 2 ist nach dem Wort „Zinssatz“ die Angabe „(§ 246)“ einzufügen.

Begründung

Die Ergänzung des § 502 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E entspricht der Regelung des § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 Buchstabe c VerbrKrG. Bei dem Fehlen der Anzahl der Raten dürfte es sich um ein Redaktionsversehen handeln.

Im Übrigen zielt der Antrag auf eine Vereinheitlichung der Verweisung auf den gesetzlichen Zinssatz ab.

118. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 497 Abs. 3 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 497 Abs. 3 Satz 1 ist nach dem Wort „Betrag“ die Angabe „(Absatz 1)“ einzufügen und die Bezeichnung „(Absatz 1)“ durch die Bezeichnung „(Absatz 2)“ zu ersetzen.

Begründung

Es handelt sich um eine redaktionelle Berichtigung entsprechend § 11 Abs. 3 Satz 1 VerbKrG.

119. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 497 Abs. 3 Satz 3 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren sicherzustellen, dass sowohl auflaufende Zinsen als auch der Darlehensrückzahlungsanspruch, auch soweit § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E nicht eingreift, nicht innerhalb von nur drei Jahren verjähren.

Begründung

Die Vorschrift des § 497 Abs. 3 Satz 3 BGB-E passt die bislang in § 11 Abs. 3 Satz 3 VerbrKrG enthaltenen Verjährungsvorschriften dem geänderten Verjährungsrecht an. Nach dem geltenden Recht war durch die Regelung in § 11 Abs. 3 Satz 2 VerbrKrG sichergestellt, dass auch nichttitulierte Zinsforderungen nicht der besonderen kurzen, sondern der regelmäßigen langen Verjährungsfrist des § 195 BGB unterfallen (Nichtanwendung von § 197 BGB). Der Entwurf enthält keine entsprechende Regelung, sondern erfasst mit der in § 497 Abs. 3 Satz 3 BGB-E vorgesehenen Nichtanwendbarkeit des § 197 Abs. 2 BGB-E lediglich titulierte Forderungen. Nichttitulierte Forderungen unterfallen somit der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB-E). Der Entwurf zwingt daher den Gläubiger, rechtzeitig verjährungshemmende Maßnahmen zu ergreifen bzw. seine Forderungen titulieren zu lassen, um den Eintritt der Verjährung zu verhindern. Diese Regelung führt zu einer Belastung der Vertragsparteien wie auch der Gerichte. Zu einer Änderung der geltenden Regelung besteht kein Anlass. Es müsste daher sichergestellt werden, dass auch nichttitulierte (Zins-)Forderungen während des Schuldnerverzugs nicht verjähren, jedenfalls solange der Schuldner regelmäßige Zahlungen auf die Schuld leistet.

Eine solche Regelung muss auch den Darlehensrückzahlungsanspruch erfassen. Dieser unterliegt nunmehr ebenfalls (nach Fälligstellung) der regelmäßigen Verjährung von drei Jahren. Da der Darlehensgeber das Bestehen der Forderungen und den Schuldner kennt, beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit zu laufen. Die Verjährung wird allein durch den Schuldnerverzug nicht gehemmt. Ohne eine korrigierende Regelung müsste der Darlehensgeber trotz Tilgungsleistungen des Schuldners seine unstreitige Forderung vor Ablauf von drei Jahren titulieren.

120. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31** (§ 505 Abs. 2 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob auf die in § 505 Abs. 2 Satz 1 BGB-E vorgesehene schriftliche Form verzichtet werden kann, soweit es sich um Ratenlieferungsverträge handelt, die im Wege des Fernabsatzes abgeschlossen werden.

Begründung

Der in § 505 BGB-E geregelte Ratenlieferungsvertrag enthält, wie schon die Vorgängervorschrift des § 2 VerbrKrG, kein Kreditgeschäft. Nach § 2 VerbrKrG finden jedoch auf den Ratenlieferungsvertrag die Vorschriften des § 4 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3, § 7 Abs. 1 und 2 und § 8 VerbrKrG entsprechende Anwendung. Der Vertrag muss daher zwar grundsätzlich schriftlich geschlossen werden. Statt der Schriftlichkeit genügt im Fernabsatz nach § 8 Abs. 1 VerbrKrG jedoch die rechtzeitige Zurverfügungstellung der Angaben auf einem dauerhaften Datenträger. Die ursprünglich auf den Versandhandel zugeschnittene Vorschrift des § 8 VerbrKrG wurde durch das Fernabsatzgesetz in seinem Anwendungsbereich auf Fernabsatzgeschäfte erweitert. Die Verweisung in § 2 VerbrKrG auf § 8 VerbrKrG blieb unverändert aufrechterhalten.

Die Vorschrift des § 2 VerbrKrG verweist nur auf die Schriftform des § 4 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG und da-

mit lediglich auf das Formerfordernis, nicht jedoch auf die weiteren Pflichtangaben des § 4 Abs. 1 Satz 4 VerbrKrG. Daher findet die Vorschrift des § 8 VerbrKrG im Anwendungsbereich des § 2 VerbrKrG auch lediglich entsprechende Anwendung. Daraus wurde bislang geschlossen, dass die schriftliche Form bei Ratenlieferungsverträgen nach § 2 VerbrKrG nicht eingehalten werden muss, wenn der Verbraucher seine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung auf der Grundlage eines Verkaufsprospektes abgegeben hat, den er in Abwesenheit der anderen Vertragspartei eingehend zur Kenntnis nehmen konnte (vgl. Kessal-Wulf in: Staudinger BGB-Komm., 13. Bearb. 1997, § 2 VerbrKrG Rdnr. 33; vgl. auch OLG München ZIP 2001, 520 ff.).

Diese Rechtslage erscheint auch durchaus angemessen. Nach § 8 Abs. 1 VerbrKrG sind sogar die gefährlicheren Kreditgeschäfte vom Formzwang des § 4 VerbrKrG befreit, wenn die Informationspflichten nach § 8 VerbrKrG erfüllt sind; diese Regelung wird im Übrigen auch in § 502 Abs. 2 BGB-E übernommen. Es wäre insoweit wertungswidrig, den nicht finanzierten Ratenkauf einer strengeren Form zu unterstellen.

Gegenüber der bislang geltenden Rechtslage führt der Entwurf bei Ratenlieferungsverträgen zu einer erheblichen Verschärfung des Formgebotes. Diese wird in der Entwurfsbegründung weder erläutert noch gerechtfertigt (S. 257 f.). Soweit darauf hingewiesen wird, dass der Hinweis auf § 8 VerbrKrG entfallen könne, da der Unternehmer dem Verbraucher die Vertragserklärung auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellt, treffen diese Ausführungen das Problem nicht. Auch stellt die Möglichkeit, den Vertrag künftig in der Form der elektronischen Signatur abzuschließen, keinen adäquaten Ersatz für die Befreiung von der Schriftform dar. Die elektronische Form gilt nur bei elektronisch abzuschließenden Rechtsgeschäften und dürfte noch auf Jahre hinaus kaum allgemein verbreitet sein.

121. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 33a – neu –** (§§ 535 ff. BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob das Mietrecht an die Neuregelungen des Entwurfs angepasst werden sollte.

Begründung

Der Entwurf passt namentlich die Mängelhaftung im Kauf- und im Werkvertrag an das neue Leistungsstörungsrecht an. Das Mietrecht folgt diesen Grundsätzen bisher nicht uneingeschränkt. Darüber hinaus will der Entwurf insbesondere im Kaufrecht eine Reihe von Normen des besonderen Leistungsstörungsrechts ändern, deren Parallelregelungen im Mietrecht zum Teil noch anderen Prinzipien folgen (z. B. Definition des Sachmangels, Garantiehaftung für anfängliche Mängel, Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, Selbstbeseitigungsrecht, Kenntnis des Mieters von einem Mangel bei Annahme der Mietsache, Kündigung aus wichtigem Grund). Da die Wertungen sehr ähnlich sind, stellt sich die Frage einer Anpassung.

122. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 33b – neu –** (§ 543 Abs. 4 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 ist nach Nummer 33 folgende Nummer 33b einzufügen:

‚33b. In § 543 Abs. 4 Satz 1 wird die Angabe „§§ 536b, 536d und §§ 469 bis 471“ durch die Angabe „§§ 536b und 536d“ ersetzt.‘

Begründung

Die Verweisung auf die §§ 469 bis 471 BGB geht ins Leere. Sie ist auch entbehrlich, weil für die entsprechende Vorschrift über Kündigungen aus wichtigem Grund im allgemeinen Teil des Schuldrechts (§ 314 BGB-E) ebenfalls keine derartige Regelung vorgesehen ist.

123. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 33c – neu –** (§ 548 Abs. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 ist nach Nummer 33 folgende Nummer 33c einzufügen:

„33c. In § 548 wird Absatz 3 aufgehoben.“

Begründung

§ 548 Abs. 3 Satz 1 BGB ist entbehrlich, wenn mit § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB-E der Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens zu einem Hemmungsgrund wird. Satz 2 derselben Vorschrift geht ins Leere.

124. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 33d – neu –** (§ 563 Abs. 3 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 ist nach Nummer 33 folgende Nummer 33d einzufügen:

‚33d. In § 563 Abs. 3 Satz 2 wird die Angabe „§ 206“ durch die Angabe „§ 210“ ersetzt.‘

Begründung

Anpassung der Verweisung an die vorgesehenen Änderungen des Verjährungsrechts.

125. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38** (§ 634 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nummer 38 ist § 634 wie folgt zu fassen:

„§ 634
Ansprüche und Rechte des Bestellers bei Mängeln

Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nichts anderes bestimmt ist,

1. nach § 635 Nacherfüllung verlangen,
2. nach § 637 den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, nach den §§ 636, 323 und 326 Abs. 1 Satz 3 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 638 die Vergütung mindern und

3. nach den §§ 636, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.“

Begründung

Redaktionelle Verbesserung.

126. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38** (§ 634a Abs. 1 Nr. 1, 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob es gerechtfertigt ist, die Ansprüche des Bestellers auf Nacherfüllung, Aufwendungsersatz und Schadensersatz gegen den Bauunternehmer auf der einen Seite und den Architekten/Statiker auf der anderen Seite unterschiedlichen Verjährungsfristen zu unterwerfen.

Begründung

Bauleitender Architekt und Werkunternehmer sind Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB, soweit sie für denselben Schaden eines Bestellers einstehen müssen (einhellige Rechtsprechung seit der grundsätzlichen Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen des BGH vom 1. Februar 1965, NJW 1965, 1175).

Vor diesem Hintergrund erscheint es problematisch, dass nach dem vorliegenden Entwurf unterschiedliche Verjährungsfristen für die Gewährleistungsansprüche gegen den Unternehmer einerseits (§ 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB-E) und gegen den Architekten andererseits (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB-E) gelten. Als Beispiel für die Verjährungsregelung des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB-E wird in der Begründung (dort S. 263 unten) ausdrücklich zwar nur die Planungsleistung des Architekten bzw. Statikers genannt. Es ist jedoch anzunehmen, dass darüber hinaus auch die entsprechenden Überwachungstätigkeiten in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB-E einbezogen sind. Anderenfalls wären die Gewährleistungsansprüche wegen Planungsmängeln und wegen Überwachungsmängeln gegen denselben Architekten unterschiedlichen Fristen unterworfen. Im Ergebnis würde damit für sämtliche Architektenleistungen die regelmäßige, für die Werkunternehmerleistungen hingegen eine fünfjährige Verjährungsfrist laufen. Ein sachlicher Ansatz für diese Ungleichbehandlung der beiden vergleichbaren Konstellationen ist der Begründung nicht zu entnehmen.

Insofern sind nachteilige Auswirkungen auf die Praxis des Baugewerbes zu befürchten. Unterschiedliche Fristen für die Ansprüche gegen den Bauunternehmer auf der einen und den Architekten auf der anderen Seite führen dazu, dass der Besteller stets denjenigen zur Zahlung auffordern wird, gegen den Verjährung noch nicht eingetreten ist. Nach dieser Inanspruchnahme darf der Betroffene dann aber im Wege des Gesamtschuldnerinnenausgleichs gemäß § 426 Abs. 2 BGB seinerseits Rückgriff gegen den Schuldner des anderen – zwischenzeitlich bereits verjährten – Anspruchs nehmen. Über die gesamtschuldnerische Haftung von Bauunternehmer und Architekt wird sich die Verjährungsfrist für den Bauunternehmer/Handwerker daher faktisch über fünf Jahre hinaus bis zur absoluten Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche gegen Architekten von zehn Jahren verlängern. Folge davon wären erhebliche Kostensteigerungen im Baubereich, weil die Dauer der Gewährleistungsfrist ein preisbildender Faktor ist.

127. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38** (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 § 634a Abs. 1 Nr. 2 ist nach dem Wort „Herstellung“ das Wort „, Wartung“ einzufügen.

Begründung

Auch Wartungsarbeiten müssen unter Nummer 3 fallen, werden jedoch bislang von Nummer 2 erfasst, da Wartungsarbeiten weder der Herstellung noch der Veränderung einer Sache dienen. Hinsichtlich der Gewährleistungsfrist gelten hier dieselben Überlegungen wie bei der Herstellung einer Sache. Da diese Fälle außerordentlich häufig sind, bedürfen sie der gesetzlichen Regelung.

128. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38** (§ 634a Abs. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 § 634a Abs. 3 ist nach der Bezeichnung „Absatz 1 Nr. 1 und 3“ die Bezeichnung „und Absatz 2“ einzufügen.

Begründung

Der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist muss sich im Falle der arglistigen Täuschung nach den allgemeinen Vorschriften, also nach § 199 BGB-E richten. Dies soll nach der Gesetzesbegründung die wichtigste Folge des Absatzes 3 sein. Sie wird aber mit der derzeitigen Fassung gerade nicht erreicht, da nur eine Ausnahme von Absatz 1, nicht aber von Absatz 2 vorgesehen ist. Absatz 2 muss in die Ausnahmevorschrift einbezogen werden.

129. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38** (§ 634a Abs. 3 Satz 2 – neu – BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 § 634a ist Absatz 3 folgender Satz anzufügen:

„Im Falle des Absatzes 1 Nr. 1 tritt die Verjährung jedoch nicht vor Ablauf der dort bestimmten Frist ein.“

Begründung

Die Sonderregelung im Falle der Arglist des Unternehmers darf nicht dazu führen, dass die Verjährung bei Arglist in Einzelfällen früher eintritt, als es ohne diese Sonderregelung der Fall wäre. Deswegen muss durch eine ergänzende Regelung sichergestellt werden, dass bei der Haftung für ein Bauwerk immer mindestens die fünfjährige Verjährungsfrist ab Ablieferung zur Verfügung steht.

130. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38** (§ 634a Abs. 4 Satz 2 – neu – BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 § 634a ist Absatz 4 folgender Satz anzufügen:

„Macht er von diesem Recht Gebrauch, kann der Unternehmer insoweit das Werk zurückverlangen.“

Begründung

Ist der Rücktritt wegen eines Mangels des Werks nach § 218 Abs. 1 BGB-E wegen Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs unwirksam, so ist der Besteller auf Grund des fortgeltenden Werkvertrags berechtigt, das Werk zu behalten. Wenn jedoch der Besteller auf Grund des Mangels nach Absatz 4 wegen des Rücktritts die Zahlung des Werklohns verweigern kann, wäre es nicht gerechtfertigt, wenn er gleichwohl das Werk behalten könnte. Dies sollte im Gesetz ausgesprochen werden.

131. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38** (§ 635 Abs. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 § 635 Abs. 3 ist das Wort „auch“ durch die Wörter „unbeschadet des § 275 Abs. 2“ zu ersetzen.

Begründung

Das Wort „auch“ in § 635 Abs. 3 BGB-E ist irreführend und sollte durch die Formulierung „unbeschadet des § 275 Abs. 2“ ersetzt werden.

132. **Zu Artikel 1 Nr. 38** (§ 637 Abs. 1 BGB)

In Artikel 1 Nr. 38 § 637 Abs. 1 ist die Angabe „nach § 635 Abs. 3“ durch die Wörter „zu Recht“ zu ersetzen.

Begründung

Die vorgesehene Regelung erfasst nur den Fall des § 635 Abs. 3 BGB-E, übersieht aber, dass der Unternehmer die Nacherfüllung auch nach § 275 Abs. 2 BGB-E verweigern kann, weshalb in § 635 Abs. 3 BGB-E zu Recht geregelt ist, dass er die Nacherfüllung auch unter den dortigen Voraussetzungen verweigern kann. Es geht aber nicht an, dass bei einer Verweigerung nach § 275 Abs. 2 BGB-E eine Selbstvornahme auf Kosten des Unternehmers vorgenommen werden darf. Deshalb ist die Verweisung auf § 635 Abs. 3 BGB-E zu streichen. Alternativ wäre sie durch eine Verweisung auf § 275 Abs. 2 BGB-E zu ergänzen.

Zur Klarstellung können die Worte „zu Recht“ eingefügt werden, denn die Ausnahme darf nur dann greifen, wenn die Verweigerung begründet erfolgt ist.

133. **Zu Artikel 1 Nr. 38** (§ 637 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 637 Abs. 2 Satz 2 BGB-E die Wörter „oder dem Besteller unzumutbar“ gestrichen werden sollten.

Begründung

In der Begründung zum Gesetzentwurf ist zutreffend ausgeführt, dass der Fall der Unzumutbarkeit nur gegeben sein kann, wenn Gründe in der Person des Unternehmers die Nacherfüllung durch diesen unzumutbar machen. Dieser Fall kann über § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB-E gelöst werden, der ausdrücklich für anwendbar erklärt ist.

134. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38** (§ 637 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 637 BGB-E in Anlehnung an § 323 Abs. 3 BGB-E eine Regelung dahin gehend aufgenommen werden kann, dass der Besteller nach angemessener Fristsetzung, aber vor Ablauf der gesetzten Nacherfüllungsfrist, den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann, wenn feststeht, dass der Unternehmer die Nacherfüllung innerhalb der gesetzten Frist nicht mehr erbringen kann.

Begründung

Nach § 637 Abs. 1 BGB-E kann der Besteller wegen eines Mangels am Werk „nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten Frist“ den Mangel selbst beseitigen oder Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Der Anspruch setzt damit zwingend – abgesehen von den Fällen, in denen eine Fristsetzung entbehrlich ist – den Ablauf einer gesetzten Nacherfüllungsfrist voraus.

Dies kann sich in Fällen von Nacherfüllungsansprüchen, für deren Erfüllung aus tatsächlichen Gründen ein längerer Zeitraum benötigt wird, verzögernd und damit wirtschaftlich hemmend auswirken. Denn in diesen Fällen muss dem Unternehmer ein längerer Zeitraum als „angemessene Frist“ gewährt werden, deren Verstreichen auch dann abgewartet werden müsste, wenn feststeht, dass der Unternehmer (z. B. wegen zu späten Beginns mit den Arbeiten) die gesetzte Frist nicht mehr einhalten kann. Ein solches Abwarten ist weder im Interesse des Unternehmers, dem eine angemessene Frist eingeräumt worden war, geboten noch aus der Sicht des Bestellers hinnehmbar. Letzterem sollte daher vorzeitig die Möglichkeit eingeräumt werden, durch eigene Tätigkeit oder die eines Dritten, den Mangel so rasch wie möglich zu beseitigen.

135. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 40a – neu –** (§ 641 Abs. 3 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 ist nach Nummer 40 folgende Nummer einzufügen:

‚40a. In § 641 Abs. 3 werden die Wörter „mindestens in Höhe des Dreifachen“ durch die Wörter „in der Regel in Höhe des Zweifachen“ ersetzt.‘

Begründung

Das durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen festgeschriebene Recht auf Zurückbehaltung eines „Druckzuschlages“ ist eine sachgerechte Normierung des Gewohnheitsrechts. Die Höhe des Betrages hat sich jedoch in der Praxis als zu hoch erwiesen, weil der dreifache Betrag der Mängelbeseitigungskosten regelmäßig nicht angemessen ist und vor allem das Handwerk und andere mittelständische Betriebe, die ohnehin unter hohen Forderungsausfällen und -rückständen zu leiden haben, erheblich belastet.

Die Höhe sollte somit auf den doppelten Betrag der Mängelbeseitigungskosten festgelegt werden und als Regelvermutung im Einzelfall eine gerichtlich überprüfbare Abweichung nach oben oder unten zulassen.

136. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 40b – neu –** (§ 641a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 ist vor Nummer 41 folgende Nummer 40b einzufügen:

‚40b. In § 641a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 werden nach dem Wort „von“ die Wörter „nicht unwesentlichen“ eingefügt.‘

Begründung

Die durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeräumte Möglichkeit, die Fälligkeit begründende Abnahme durch eine Fertigstellungsbescheinigung zu ersetzen, begründet für Unternehmen eine notwendige Alternative, ihre berechtigten Forderungen in einem schnellen Verfahren zu realisieren und unberechtigten Abnahmeverweigerungen den verzögernden Charakter zu nehmen.

In der Praxis scheitert die Erstellung einer Fertigstellungsbescheinigung jedoch vielfach an dem Umstand, dass sie nicht ausgestellt werden kann, wenn das Werk unwesentliche Mängel aufweist. Diese Voraussetzung für Fertigstellungsbescheinigungen ist nicht folgerichtig, da die Abnahme, welche durch die Bescheinigung ersetzt werden kann, bei unwesentlichen Mängeln nicht verweigert werden kann. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Fertigstellungsbescheinigung sind somit an die Abnahmemerkmale anzupassen, so dass für die Bescheinigung in Zukunft genügen sollte, dass das Werk frei von nicht unwesentlichen Mängeln ist.

137. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 43** (§ 651 BGB)

Der Bundesrat bittet im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob es sinnvoll ist, in § 651 BGB-E neben dem Kaufrecht auch einzelne Vorschriften des Werkvertragsrechts für anwendbar zu erklären.

Begründung

Das Kaufrecht ist nicht auf Fallgestaltungen ausgerichtet, bei denen sich die Umstände während der Herstellung der Sache ändern können. Werden Werk- und Werklieferungsverträge, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand haben, Kaufrecht unterstellt, so finden insbesondere die §§ 642 bis 645, 649 und 650 BGB auf die Herstellung nicht vertretbarer Sachen keine Anwendung mehr. Die dort enthaltenen Regelungen sind aber für Werkverträge und Werklieferungsverträge über die Herstellung nicht vertretbarer Sachen durchaus sinnvoll, z. B. die Verpflichtung des Unternehmers, dem Besteller Anzeige zu erstatten, wenn er einen Kostenanschlag überschreitet.

138. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 47** (§ 651g Abs. 2 BGB), **Nr. 48** (§ 651l BGB)

In Artikel 1 Abs. 1 sind die Nummern 47 und 48 zu streichen.

Begründung

Die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 651g Abs. 2 Satz 1 BGB in der bisherigen Fassung sollte erhalten bleiben. Die Tatsache, dass die bisherige sechsmonatige Verjährungsfrist für Mängelansprüche im Werkvertragsrecht auf zwei Jahre verlängert werden soll, ist kein hinreichender Grund, eine entsprechende Verlängerung auch im Reisevertragsrecht vorzusehen. Im Werkvertragsrecht ist die sechsmonatige Frist deutlich zu kurz. Im Reisevertragsrecht lässt sich eine solche Aussage dagegen nicht treffen. Vielmehr ist die kurze Frist hier weiterhin notwendig, weil die für einen Reisemangel maßgebenden Umstände sich besonders schnell verändern und schon nach kurzer Zeit im Prozess eine verlässliche Beweisaufnahme sehr erschwert ist. Dass es nicht gerechtfertigt ist, wegen der Verlängerung der Verjährungsfrist für Mängelansprüche im Kauf- und Werkvertragsrecht auf zwei Jahre jede kürzere Verjährungsfrist ebenfalls zu verlängern, zeigt die Beibehaltung der kurzen Frist für bestimmte mietrechtliche Ansprüche durch das Mietrechtsreformgesetz (§ 548 Abs. 1 und 2 BGB n. F.).

Wird die Frist nicht verlängert, ist die Änderung des § 651l BGB-E gegenstandslos.

139. **Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 61** (§ 939 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren in geeigneter Weise klarzustellen, dass mit dem „Eigentumsanspruch“ in § 939 BGB-E der Herausgabeanspruch gemeint ist.

Begründung

Der Begriff des Eigentumsanspruch ist aus dem geltenden Recht übernommen. Es gibt neben dem Herausgabeanspruch (§ 985 BGB) aber noch andere Ansprüche aus dem Eigentum (z. B. § 1004 BGB). Während diese Ansprüche nach dem geltendem Recht einheitlich jeweils dem allgemeinen Verjährungstatbestand des § 195 BGB unterfallen, sieht der Entwurf in § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E eine Differenzierung zwischen dem Herausgabeanspruch und sonstigen Ansprüchen aus Eigentum vor. Insoweit erscheint ein Festhalten an dem umfassenden Begriff des „Eigentumsanspruchs“ in § 939 BGB-E nicht angebracht.

140. **Zu Artikel 1 Abs. 2** (Anlage; Inhaltsübersicht zum Bürgerlichen Gesetzbuch)

In der Anlage zu Artikel 1 Abs. 2 ist die Überschrift zu Buch 1 Abschnitt 1 Titel 1 wie folgt zu fassen:

„Titel 1
Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer“

Begründung

Im Hinblick auf die §§ 13 und 14 BGB muss die Überschrift ergänzt werden.

141. **Zu Artikel 2 Nr. 3** (Artikel 229 § 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die inhaltliche und sprachliche Fassung des Artikels 229 § 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB-E zu überprüfen.

Begründung

Nach Artikel 229 § 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB-E sollen bei Dauerschuldverhältnissen das BGB und die in Satz 1 bezeichneten weiteren Gesetze vom 1. Januar 2003 an in der „dann geltenden Fassung“ angewandt werden.

In Satz 1 werden jedoch ausschließlich Gesetze aufgeführt (z. B. das AGB-Gesetz, das Verbraucherkreditgesetz und das Fernabsatzgesetz), die nach Artikel 6 des Gesetzentwurfs zum 1. Januar 2002 aufgehoben werden sollen. Diese Gesetze können daher am 1. Januar 2003 keine geltende Fassung mehr haben.

142. **Zu Artikel 2 Nr. 3** (Artikel 229 § 6 Abs. 1 EGBGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 2 der Lombardsatz-Überleitungs-Verordnung in Artikel 229 § 6 Abs. 1 EGBGB-E aufgenommen werden sollte.

Begründung

Nach der Begründung zu Artikel 229 § 6 Abs. 1 EGBGB-E soll das Diskontsatz-Überleitungs-Gesetz aufgelöst und in das EGBGB eine Überleitungsregelung integriert werden, die inhaltlich den Überleitungsvorschriften des Diskontsatz-Überleitungs-Gesetzes und den auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen entspricht. Artikel 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 EGBGB-E soll § 2 Abs. 1 der Fibor-Überleitungs-Verordnung und § 2 der Lombardsatz-Überleitungs-Verordnung nachempfunden sein. Indes entspricht Satz 2 Halbsatz 1 EGBGB-E lediglich § 2 Abs. 1 der Fibor-Überleitungs-Verordnung. Eine der Vorschrift des § 2 der Lombardsatz-Überleitungs-Verordnung entsprechende Regelung ist in Artikel 229 § 6 Abs. 1 EGBGB-E nicht enthalten.

143. **Zu Artikel 3** (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG)

In Artikel 3 § 2 Abs. 2 Nr. 1 sind nach dem Wort „Verbraucherdarlehensverträge“ die Wörter, „Finanzierungshilfen, Ratenlieferungsverträge“ einzufügen.

Begründung

Die genannten Verträge sind bisher alle einheitlich im Verbraucherkreditgesetz geregelt. Das Verbraucherkreditgesetz wiederum ist ein Verbraucherschutzgesetz im Sinne des § 22 Abs. 2 AGBG, der in § 2 UKlaG überführt werden soll. Es gibt keinen Anlass, die sonstigen Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge vom Anwendungsbereich des UKlaG auszunehmen. Die Entwurfsbegründung äußert sich zu der mit der alleinigen Nennung des „Verbraucherdarlehensvertrages“ einhergehenden Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 2 UKlaG nicht (S. 274 f.).

144. **Zu Artikel 3** (§ 3 UKlaG),
Artikel 5 Abs. 24 Nr. 1 (§ 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob an der Verdoppelung der Klagebefugnis für qualifizierte Einrichtungen nach den §§ 2 und 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG einerseits und nach § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG andererseits festgehalten werden soll.

Begründung

Verstöße gegen Verbraucherschutzgesetze nach § 2 UKlaG dürften regelmäßig auch einen Unterlassungsanspruch nach den §§ 1 und 13 UWG auslösen, den qualifizierte Einrichtungen gerichtlich mit der Unterlassungsklage nach dem UWG verfolgen können. Das Konkurrenzverhältnis zwischen diesen beiden Ansprüchen in § 2 UKlaG und § 13 UWG ist gesetzlich nicht geklärt. Die damit einhergehende Verdoppelung von Unterlassungsansprüchen erscheint wenig sinnvoll. Umgekehrt lassen sich auch andere Wettbewerbsverstöße, die sich zu Lasten der Verbraucher auswirken, unter die weite Definition der Verbraucherschutzgesetze in § 2 Abs. 1 UKlaG fassen, was die Notwendigkeit, den qualifizierten Einrichtungen weiterhin in § 13 UWG ein zusätzliches eigenes Klagerecht einzuräumen, insoweit entbehrlich erscheinen lässt. Eine Konzentration der verbraucherschützenden Unterlassungsklage auf das UKlaG dürfte dessen Bedeutung und Stellung in der Rechtsordnung erhöhen, ohne zu einem Verlust an Rechtsschutzmöglichkeiten zu führen.

145. **Zu Artikel 3** (§ 12 UKlaG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob den nach § 3 UKlaG (bisher §§ 13, 22 AGB-Gesetz) klagebefugten Verbänden ein gesetzlicher Anspruch auf Auskunft über Namen und ladungsfähige Anschrift von Unternehmen gegen die Deutsche Post AG, Telekommunikationsunternehmer und Internet-Provider gegeben werden sollte, soweit diese Information zur Durchführung einer Verbandsklage benötigt wird und anderweitig nicht zu beschaffen ist.

Begründung

Das Klagerecht der Verbände nach den §§ 13 und 22 AGB-Gesetz, aber auch nach § 13 UWG läuft oft leer, weil die betreffenden Unternehmen nur eine Postfach-Adresse bekannt geben oder nur mit einer Internet-Adresse oder gar nur mit einer Service-Telefonnummer auftreten, unter denen sie nicht verklagt werden können. Die Deutsche Post AG, die Telekom-

munikationsunternehmen und Internet-Provider verfügen dagegen meist über Namen und ladungsfähige Anschrift der betreffenden Unternehmen und werden auch bereit sein, diese beiden Angaben preiszugeben, wenn sie dabei rechtlich abgesichert werden. Diese Rechtssicherheit könnte durch einen Auskunftsanspruch gewährleistet werden. Ziel der Auskunft sollte die Durchführung des Rechtsstreits sein, mit dem die Verbände letztlich ein öffentliches Interesse ausfüllen. Ohne ein effizientes Klagerecht liefen viele Verbraucherschutzvorschriften in der Praxis leer. Das sollte verhindert werden.

146. **Zu Artikel 3** (Unterlassungsklagengesetz)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob das Unterlassungsklagengesetz um gesetzliche Bestimmungen zu ergänzen ist, welche die grenzüberschreitenden Unterlassungsklagen regeln.

Begründung

Die dem Unterlassungsklagengesetz auch zu Grunde liegende Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen hat insbesondere grenzüberschreitende Verhaltensweisen zum Nachteil der Verbraucher im Auge (vgl. Erwägungsgrund Nummer 6). Die gegenwärtige Fassung des Unterlassungsklagengesetzes enthält sich jeder Regelung, nach welchen rechtlichen Vorschriften im Falle eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes das Verhalten und ein möglicher Unterlassungsanspruch beurteilt werden soll.

Die Fassung des Gesetzentwurfes legt es wegen der ausschließlichen Bezugnahme auf Vorschriften des deutschen Rechts nahe, dass ein verbraucherschützender Unterlassungsanspruch ausschließlich dann gerichtlich geltend gemacht werden könnte, wenn auch deutsches Sachrecht zur Anwendung gelangt. Offen bliebe dann aber immer noch, nach welchen Vorschriften des Internationalen Privatrechts sich die Anwendung deutschen Rechts bestimmen soll. Ein Unterlassungsanspruch nach dem UKlaG bestünde dann möglicherweise nur, wenn es sich um Verhaltensweisen handelt, die sich ausschließlich im Inland abspielen.

Andererseits besteht ein großes tatsächliches Interesse, einen im Inland ansässigen Unternehmer an dessen allgemeinen Gerichtsstand (Artikel 2 EuGVÜ) auch wegen eines Verstoßes gegen Verbraucherschutzgesetze mit der Unterlassungsklage in Anspruch zu nehmen, der sich in einem anderen Mitgliedstaat als dem Sitzstaat abspielt. Gerade zu diesem Zweck ordnet die Richtlinie 98/27/EG an, dass auch ausländische klagebefugte Einrichtungen nach Artikel 3 der Richtlinie ein solches Verhalten grenzüberschreitend (auch am Sitz des Täters) gerichtlich verfolgen können (Artikel 4 der Richtlinie). Das Unterlassungsklagengesetz enthält aber für diesen Fall keine Regelung, nach welchem Recht sich der Unterlassungsanspruch, den der klagebefugte Verband geltend macht, richtet.

147. **Zu Artikel 4 Nr. 2** (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichen Recht)

In Artikel 4 Nr. 2 § 1 Abs. 1 sind der Nummer 3 die Wörter „sowie darüber, wann der Vertrag zu Stande kommt,“ anzufügen.

Begründung

Die Änderung ergänzt die Vorschrift des § 1 Abs. 1 Nr. 3 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht um den in § 2 Abs. 2 Nr. 2 FernAbsG zusätzlich enthaltenen Bestandteil. Die Entwurfsbegründung äußert zur Auslassung dieser Passage nichts (S. 276). Für dessen Streichung ist aber kein Grund ersichtlich.

148. **Zu Artikel 5 Abs. 3 Nr. 1a – neu –** (§ 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO)

In Artikel 5 Abs. 3 ist nach Nummer 1 folgende Nummer 1a einzufügen:

‚1a. In § 104 Abs. 1 Satz 2 werden die Wörter „fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 1 des Diskontsatz-Überleitungsgesetzes vom 9. Juni 1998 (BGBl. I S. 1242)“ durch die Wörter „fünf Prozentpunkten über dem Basiszins“ ersetzt.‘

Begründung

Es handelt sich um eine Folgeänderung zu der Regelung in § 288 BGB-E. Durch das vom Deutschen Bundestag am 17. Mai 2001 verabschiedete Gesetz zur Reform des Zivilprozesses soll mit Wirkung zum 1. Januar 2002 eine Anpassung des § 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO an § 288 Abs. 1 BGB in der geltenden Fassung erfolgen. Diese Anpassung schlägt fehl, wenn § 288 Abs. 1 BGB wie vorgesehen geändert wird. Deshalb ist § 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO entsprechend anzupassen.

149. **Zu Artikel 5 Abs. 16 Nr. 6** (§ 378 HGB)

a) In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 478 ist Absatz 4 wie folgt zu fassen:

„(4) § 377 des Handelsgesetzbuchs bleibt unberührt.“

b) In Artikel 5 Abs. 16 ist Nummer 6 wie folgt zu fassen:

„6. § 378 wird aufgehoben.“

Begründung

Der Regelungsgehalt des § 378 HGB-E ist unklar. Für die Vorschrift besteht aber auch kein Regelungsbedarf.

Nach ihrem Wortlaut beinhaltet die Neufassung des § 378 HGB-E keine regelungsbedürftige Abweichung von § 377 HGB. Soweit die Vorschrift dem Letztverkäufer Gewährleistungsansprüche wegen eines Mangels der Ware auch für den Fall erhalten will, dass dieser die Ware im normalen Geschäftsverkehr

vor Entdeckung und Erkennbarkeit des Mangels weiterveräußert hat, ergibt sich diese Rechtsfolge schon aus dem geltenden Recht. Denn die Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 HGB tritt überhaupt nur dann ein, wenn der Mangel erkennbar gewesen ist.

Soll mit dem neu gefassten § 378 HGB-E hingegen, worauf jedenfalls die Begründung hindeuten könnte, dem wegen Gewährleistung in Anspruch genommenen Letztverkäufer ein Rückgriffsanspruch auch dann eingeräumt werden, wenn er den Mangel bei gehöriger Untersuchung hätte feststellen und rügen können, wäre eine solche Privilegierung des Letztverkäufers gegenüber demjenigen Kaufmann, der in der Lieferkette der letzte ist und die Sache zum langfristigen eigenen Gebrauch gekauft hat, weder sachgerecht noch geboten. Der Zweck des § 377 HGB, Handelskäufe schnell abzuwickeln und dem Verkäufer möglichst bald Klarheit über auf ihn etwa noch zukommende Gewährleistungsansprüche zu verschaffen, rechtfertigt nicht die unterschiedliche Behandlung beider Sachverhalte. Es besteht kein Grund, unter Hintanstellung der schutzwürdigen Interessen des Vormannes in der Lieferkette den haftenden Letztverkäufer davor zu bewahren, die gesamte Verantwortung für den Sachmangel zu übernehmen, wenn er sich selbst rechtzeitig durch eine Untersuchung und Rüge der Ware vor Rechtsnachteilen hätte schützen können.

Die Neufassung des § 378 HGB-E ist auch nicht durch Artikel 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geboten. Abgesehen davon, dass § 378 HGB-E auch andere Fälle wie etwa den Weiterverkauf an Nichtverbraucher sowie den Verbrauch und die Veränderung für eigene Zwecke des Käufers erfasst, die von vornherein nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, überlässt es Artikel 4 Satz 2 der Richtlinie den Mitgliedstaaten ausdrücklich, die Modalitäten des Rückgriffs des Letztverkäufers selbst festzulegen. Ein absoluter Gleichlauf der Gewährleistungsansprüche von Verbraucher und Letztverkäufer ist danach nicht vorgeschrieben. Der Gesetzgeber kann vielmehr weitere Haftungsvoraussetzungen festlegen, die beispielsweise auch den Besonderheiten des Handelsverkehrs Rechnung tragen. Dies entspricht auch der Zielsetzung der Richtlinie, die nicht die Interessen des Letztverkäufers stärken, sondern in erster Linie die Rechte des Verbrauchers verbessern will.

Der Entwurf geht zutreffend davon aus, dass es im Handelsrecht einer besonderen Vorschrift für die Gewährleistungshaftung bei einer Falsch- oder Zuviellieferung, wie sie § 378 HGB in der geltenden Fassung zum Gegenstand hat, nicht mehr bedarf, nachdem der neue § 434 Abs. 3 HGB-E diese Fälle dem Sachmangel gleichstellt. Auch für den von § 378 HGB-E weiter erfassten Fall der Zuviellieferung erscheint eine Sonderregelung für den Handelskauf auf Grund der Gepflogenheiten des Handelsverkehrs nicht geboten. Die Vorschrift des § 378 HGB-E sollte deshalb ersatzlos aufgehoben werden.

150. **Zum Gesetzentwurf insgesamt**

Der Bundesrat erinnert an die am 17. März 2000 im Zusammenhang mit den Beratungen über das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen gefasste Entschließung (BR-Drs. 108/00 (Beschluss)) und äußert die Erwartung, dass die Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Verbesserung der Zahlungsmoral die vorgesehene Prüfung weiterer gesetzgeberischer Maßnahmen in diesem Bereich, die im Rahmen der Beratungen über das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zurückgestellt wurde, nunmehr umgehend aufnimmt. Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, die Ergebnisse dieser Arbeitsgruppe möglichst zeitnah umzusetzen.

Die mangelhafte Zahlungsmoral von Auftraggebern gerade im Baubereich stellt vor allem für kleine und mittlere Betriebe des Bauhandwerks weiterhin ein gravierendes Problem dar, das nicht selten Liquiditätsschwierigkeiten nach sich zieht. Die bisherigen Versuche zur verbesserten Absicherung des Auftragnehmers am Bau haben sich dabei offenbar als unzureichend erwiesen. Erinnert sei dabei an das Gesetz zum Schutz von Bauforderungen von 1909, die Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 648 BGB), die Regelung über die Sicherheitsleistung des Bestellers (§ 648a BGB) und zuletzt das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000.

Weitere gesetzgeberische Maßnahmen sollten daher im Rahmen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Verbesserung der Zahlungsmoral beraten werden. Diese Arbeitsgruppe hatte hierzu bereits am 10. November 1999 von der Justizministerkonferenz einen entsprechenden Arbeitsauftrag erhalten, war aber im Hinblick auf die umfangreichen Beratungen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts noch nicht zusammengekommen.

Anlage 3

Gegenäußerung der Bundesregierung

Die Bundesregierung nimmt zu den Vorschlägen und Prüfbitten des Bundesrates wie folgt Stellung:

Zu Nummer 1 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§§ 194 bis 218 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Bundesrat in seiner Einschätzung zu, dass auch die Verjährungsvorschriften in den zahlreichen Sondergesetzen daraufhin überprüft werden müssen, ob sie durch die regelmäßige Verjährungsfrist ersetzt werden können oder ob Bedarf für eine abweichende Verjährungsregelung besteht und wie dieser Bedarf an das neue Fristenschema angeglichen werden kann. Die in Betracht kommenden Vorschriften sind aber sehr heterogen. Deshalb hat sich die Bundesregierung dazu entschlossen, zunächst das System der Verjährungsfristen des Bürgerlichen Gesetzbuchs neu zu ordnen und in einem zweiten gesetzgeberischen Schritt die übrigen Fristen zu überprüfen und ggf. anzupassen.

Zu Nummer 2 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 196 BGB)

Die Bundesregierung vermag sich diesem Vorschlag nicht anzuschließen. Die vom Bundesrat angeführten Gründe haben die Bundesregierung bewogen, für die in § 196 BGB-RE bezeichneten Ansprüche überhaupt eine feste Verjährungsfrist von 10 Jahren vorzuschlagen. Eine längere Verjährungsfrist rechtfertigen sie dagegen nicht. Im Einzelnen:

– Es gibt in der Tat Fälle, in denen ein Grundstücksteil veräußert wird und das Grundstück geteilt werden muss. Es kann auch sein, dass ein Grundstück ganz oder teilweise mit einem anderen Grundstück vereinigt und auch katastermäßig verschmolzen werden muss, um den vertraglichen Anspruch zu erfüllen. Dies ist aber keineswegs der Regelfall. Zumeist reichen die hierfür im Entwurf gerade auch aus diesem Grund vorgesehenen 10 Jahre aus. Falls dies ausnahmsweise nicht der Fall sein sollte, können sich die Parteien z. B. über eine Hemmung oder Verlängerung der Verjährungsfrist verständigen.

– Nach Zurückzahlung des Darlehens hat der Darlehensnehmer einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld. Diesen wird er schnell geltend machen, wenn er eine Anschlussfinanzierung benötigt, weil diese besichert werden muss. Das Problem kann sich daher erst nach vollständiger Rückzahlung aller Darlehen ergeben. Hier mag sich der Darlehensnehmer überlegen, ob er die Grundschuld noch für weitere Darlehen benötigt. Er wird in aller Regel innerhalb der folgenden 10 Jahre in der Lage sein zu entscheiden, ob er die Grundschuld weiterverwenden und deshalb auf sich umschreiben oder löschen lassen möchte. Richtig ist, dass mancher Grundstückseigentümer Kosten sparen und deshalb die Grundschuld weder auf sich umschreiben noch löschen lassen möchte. In solchen Fällen ist dem Grundstückseigentümer aber zuzumuten, Kontakt mit dem bisherigen Grundschuldgläubiger aufzunehmen und sich in der Verjährungsfrage zu verständigen.

Zu Nummer 3 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB)

Die Bundesregierung ist mit dem Bundesrat der Ansicht, dass der Anspruch wegen Besitzentziehung und der Anspruch des früheren Besitzers nicht der dreißigjährigen Verjährung unterfallen sollten und bei diesen Ansprüchen die regelmäßige Verjährungsfrist ausreicht. Dies wird mit dem Entwurfstext aber auch erreicht.

Die 30-jährige Verjährungsfrist gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB-RE gilt für Herausgabeansprüche aus dinglichen Rechten. Der Begriff der dinglichen Rechte wird in Rechtsprechung und Lehre in diesem Sinne ausgelegt. Danach ist dinglich ein Recht, das einer Person die unmittelbare Herrschaft über eine Sache verschafft (Palandt/Bassenge, BGB, 60. Aufl. 2001, Einf. v. § 854 Rdn. 2; Staudinger/Seiler, Einleitung zum Sachenrecht, Rdn. 21). Neben dem Eigentum geben insbesondere folgende dingliche Rechte ein Recht zum Besitz und damit einen Herausgabeanspruch: Das Erbbaurecht (§ 11 Abs. 1 ErbbauVO i. V. m. § 985 BGB), der Nießbrauch (§ 1036 Abs. 1 BGB), das Wohnungsrecht (§ 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB i. V. m. § 1036 Abs. 1 BGB) und das Pfandrecht an beweglichen Sachen (§ 1227 BGB i. V. m. § 985 BGB). Des Weiteren sind die Sonderformen des Eigentums wie das Bergwerkseigentum nach dem Bundesberggesetz und das Wohnungseigentum sowie das Wohnungserbbaurecht und das Dauerwohnrecht nach dem Wohnungseigentumsgesetz zu nennen. Nach ganz herrschender Meinung (BGHZ 32, 194, 204) gehört der Besitz nicht zu den dinglichen Rechten. Er stellt nicht das Recht des Besitzers zur unmittelbaren Herrschaft über eine Sache, sondern nur die tatsächliche unmittelbare Herrschaft des Besitzers dar.

Zu Nummer 4 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 199 BGB)

Die Bundesregierung hält es nicht für erforderlich, § 199 BGB-RE um eine Ausschluss- oder Verjährungsfrist für nicht fällige vertragliche Erfüllungsansprüche zu ergänzen.

Schon bislang beginnt die regelmäßige Verjährung nach dem geltenden § 198 Satz 1 BGB mit der Entstehung des Anspruchs, worunter die Fälligkeit zu verstehen ist, ohne dass es eine Ausschluss- oder Verjährungsfrist für nicht fällige vertragliche Erfüllungsansprüche gibt. Diese können daher auch nach bisherigem Recht grundsätzlich nicht verjähren. Nach Ansicht der Bundesregierung besteht auch kein Bedürfnis für eine Ausschluss- oder Verjährungsfrist bei nicht fälligen vertraglichen Erfüllungsansprüchen. Nach § 271 Abs. 1 BGB richtet sich die Fälligkeit zunächst nach der vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmung und sodann nach den Umständen. Fehlen Sonderregeln, liegt sofortige Fälligkeit vor. Die Parteien haben es daher regelmäßig selbst in der Hand, die Fälligkeit ihrer vertraglichen Er-

füllungsansprüche im Vertrag festzulegen. Wenn sie vereinbaren, dass ein Erfüllungsanspruch erst nach geraumer Zeit, gegebenenfalls sogar erst nach mehr als 30 Jahren fällig sein soll, so ist das ihre freie Entscheidung. Auch solche Absprachen der Beteiligten unterliegen der Inhaltskontrolle. Das reicht nach Ansicht der Bundesregierung aus.

Teilweise knüpft indessen der Gesetz- oder Verordnungsgeber selbst die Fälligkeit einer Forderung an die Erteilung einer Rechnung an, wie dies beispielsweise hinsichtlich der Honorare von Architekten gemäß § 8 Abs. 1 HOAI geschehen ist. Hier ändert sich die Rechtslage gegenüber dem geltenden Recht nicht. Nennenswerte Probleme sind bislang nicht aufgetreten und werden sich auch künftig nicht ergeben. Soweit der Gläubiger wider Treu und Glauben die Rechnungserteilung unterlässt, bieten sich Lösungsmöglichkeiten über § 242 BGB, insbesondere über die Verwirkung (Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl. 2001, §§ 199, 200 Rdn. 2).

Selbst eine 30-jährige Ausschluss- oder Verjährungsfrist für nicht fällige vertragliche Erfüllungsansprüche wäre im Übrigen insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen nicht ausreichend. Viele Dienstverträge, insbesondere Arbeitsverträge, haben über mehr als 30 Jahre Bestand. Es wäre nicht akzeptabel, wenn z. B. im 31. Jahr weder der Arbeitnehmer zur Leistung der versprochenen Dienste noch der Arbeitgeber zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet wäre. Entsprechendes gilt für mehr als 30 Jahre andauernde Mietverhältnisse hinsichtlich des Anspruchs auf Gebrauchsgewährung einerseits und des Anspruchs auf Mietzins andererseits.

Auch bei den vom Bundesrat unter Verweis auf „Uralt-Sparbücher“ angesprochenen Darlehensverträgen führt das Abstellen auf die Fälligkeit und damit bei solchen Verträgen auf die Kündigung zu sachgerechten Ergebnissen: Der Sparer einerseits geht nicht der Spareinlage verlustig, die er vergessen oder ererbt hat, ohne davon zu wissen. Banken und Sparkassen andererseits können – wie bisher – den Berechtigten ausfindig machen, ihm gegenüber das Darlehen kündigen und damit die (regelmäßige) Verjährungsfrist in Gang setzen, die künftig nur drei Jahre statt 30 Jahre beträgt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es auch Fälle geben kann, in denen die Bank oder Sparkasse Gläubiger eines nicht fälligen Rückerstattungsanspruchs ist, der mehr als 30 Jahre „alt“ ist, wenn etwa ein Darlehen nicht laufend getilgt wird, sondern durch eine – beispielsweise mit Vollendung des 65. Lebensjahres des Darlehensnehmers fällige – Kapitallebensversicherung zurückgezahlt werden soll und bis dahin mehr als 30 Jahre vergehen.

Zu Nummer 5 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 201 Satz 1 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu.

Zu Nummer 6 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 202 – Überschrift – BGB)

Die Bundesregierung vermag dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu folgen. § 202 BGB-RE erklärt nur bestimmte Vereinbarungen über die Verjährung für unzulässig. Die grundsätzliche Zulässigkeit von Verjährungsvereinbarungen ergibt sich nicht aus der Vorschrift, sondern aus der allgemeinen Vertragsfreiheit.

Zu Nummer 7 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 202 Abs. 2 BGB)

Die Bundesregierung vermag sich dem in der Prüfbitte liegenden Vorschlag des Bundesrates nicht anzuschließen.

Sinn einer Mindestfrist wäre es, sicherzustellen, dass dem Gläubiger stets eine angemessene Zeit zur Verfügung steht, zur Vermeidung des Verjährungseintritts Rechtsverfolgungsmaßnahmen zu ergreifen. Diese sieht schon der geltende § 225 BGB nicht vor. Es ist nämlich nicht möglich, eine angemessene absolute Mindestfrist festzulegen. So kennt das geltende Recht beispielsweise eine sechswöchige Verjährungsfrist für bestimmte Mängelansprüche im Viehkauf (bisheriger § 490 BGB). Es dürfte kaum als unangemessen bezeichnet werden, wenn künftig Unternehmer beim Viehkauf eine solche sechswöchige Verjährungsfrist vertraglich vereinbaren. Umgekehrt wäre eine Zeitspanne von sechs Wochen in vielen anderen Fällen zu kurz, beispielsweise bei rechtlich und tatsächlich schwierigen vertraglichen Ansprüchen. Es käme daher allein die Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs in Betracht, beispielsweise verjährungserleichternde Vereinbarungen nur insoweit zuzulassen, als dem Gläubiger stets eine angemessene Zeit zur Geltendmachung des Anspruchs belassen wird. Eine solche Regelung stellte indes eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Verbots sittenwidriger Rechtsgeschäfte dar, so dass eine im Einzelfall vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist letztlich doch am Maßstab der §§ 138 und 242 BGB zu messen wäre, was der Bundesrat aber gerade vermeiden will. Außerdem darf nicht übersehen werden, dass es im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich möglich ist, Ansprüche ganz auszuschließen. Es erscheint fraglich, den Parteien bestimmte verjährungserleichternde Vereinbarungen zu untersagen, soweit sie zu dem stärkeren Mittel des Anspruchsausschlusses greifen können.

Schließlich ist zu befürchten, dass eine solche Regelung – entgegen dem Willen des Bundesrates – den Schutz des Gläubigers schwächen würde. Die Aussage, die gesetzlichen Verjährungsfristen dürften nur auf eine zur Geltendmachung des Anspruchs angemessene Frist verkürzt werden, impliziert, dass die gesetzlichen Verjährungsfristen grundsätzlich länger als angemessen sind.

Zu Nummer 8 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 203 Satz 3, 4 – neu – BGB)

Die Bundesregierung ist mit dem Bundesrat der Meinung, dass die Verjährungsfrist beim Einschlafen von Verhandlungen nicht auf unbestimmte Zeit gehemmt sein sollte. Dies ist aber auch nicht der Fall, weil für die Auslegung des § 203 BGB-RE auf die Rechtsprechung zu § 852 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden kann, in der diese Frage bereits geklärt ist. Beim Einschlafen der Verhandlungen endet die Hemmung nach der Rechtsprechung in dem Zeitpunkt, in dem nach Treu und Glauben der nächste Schritt zu erwarten gewesen wäre (Palandt/Thomas, BGB, 60. Aufl. 2001, § 852 Rdn. 19). Dies trägt dem Anliegen des Bundesrates besser Rechnung als die Bestimmung einer festen Frist, die für alle Verhandlungen Anwendung finden soll.

Zu Nummer 9 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (Überschrift zu Buch 1 Abschnitt 5 Titel 2, § 213 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu. Er führt allerdings zu Folgeänderungen. Insgesamt sollten folgende Änderungen vorgesehen werden:

1. Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 ist wie folgt zu ändern:
   a) In der Überschrift zu Buch 1 Abschnitt 5 Titel 2 ist nach dem Wort „Hemmung“ das Wort „, Ablaufhemmung“ einzufügen.
   b) In der Überschrift zu § 213 ist nach dem Wort „Hemmung“ das Wort „, Ablaufhemmung“ einzufügen.
   c) In § 213 sind nach dem Wort „Hemmung“ die Wörter „, die Ablaufhemmung“ einzufügen.
2. Artikel 1 Abs. 1 Nr. 29 ist wie folgt zu fassen:

   „29. In § 425 Abs. 2 werden die Wörter „Unterbrechung und Hemmung“ durch die Wörter „Neubeginn, Hemmung und Ablaufhemmung“ ersetzt.“
3. In Artikel 2 Nr. 3 Artikel 229 § 5 Abs. 1 Satz 2 sind nach dem Wort „Hemmung“ die Wörter „, die Ablaufhemmung“ einzufügen.
4. In Artikel 5 Abs. 6 Nr. 1 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb § 10 Abs. 3 Satz 4 sind nach dem Wort „sie“ die Wörter „oder ihr Ablauf“ einzufügen.
5. In Artikel 5 Abs. 7 Nr. 1 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb § 17 Abs. 3 Satz 3 sind nach dem Wort „sie“ die Wörter „oder ihr Ablauf“ einzufügen.
6. In Artikel 5 Abs. 8 Nr. 2 Buchstabe b § 8 Abs. 3 Satz 4 sind nach dem Wort „sie“ die Wörter „oder ihr Ablauf“ einzufügen.
7. Artikel 5 Abs. 16 Nr. 11 ist wie folgt zu fassen:

   „11. § 759 Abs. 3 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

   ‚Eine Hemmung, eine Ablaufhemmung oder ein Neubeginn der Frist aus anderen Gründen findet nicht statt.‘“
8. In Artikel 5 Abs. 29 § 3 Nr. 3 Satz 4 sind nach dem Wort „Hemmung“ die Wörter „, die Ablaufhemmung“ einzufügen.
9. In der Anlage zu Artikel 1 Abs. 2 ist jeweils in der Überschrift zu Buch 1 Abschnitt 5 Titel 2 und in der Überschrift zu § 213 nach dem Wort „Hemmung“ das Wort „, Ablaufhemmung“ einzufügen.

Zu Nummer 10 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 204 BGB)

Die Bundesregierung vermag sich dem in der Prüfbitte des Bundesrates liegenden Vorschlag nicht anzuschließen. Für eine solche Regelung besteht kein Bedürfnis. Durch die Umstellung von der Unterbrechungs- auf die Hemmungswirkung wird in deutlich geringerem Maße als bisher auf den Lauf der Verjährung eingewirkt. Der bloße Aufschub für die Dauer des Verfahrens und der sechsmonatigen Nachfrist sollte unabhängig von dessen Ausgang sein.

Entgegen der Ansicht des Bundesrates ergeben sich auch im Fall der Klagerücknahme keine rechtlichen Probleme. Der Bundesrat meint, die verjährungsrechtliche Hemmungswirkung der Klageerhebung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB-RE entfalle bei späterer Klagerücknahme rückwirkend. Dies ergebe sich aus § 269 Abs. 3 ZPO, wonach im Fall der Klagerücknahme rückwirkend nicht nur die prozessualen, sondern auch die materiell-rechtlichen Wirkungen entfielen. Ob letzteres zutrifft, kann dahinstehen. Selbst wenn nach § 269 Abs. 3 ZPO mit der Klagerücknahme grundsätzlich auch die materiell-rechtlichen Wirkungen der Klageerhebung entfallen, so sieht doch § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB-RE ausdrücklich eine abweichende Regelung vor. Danach endet die durch die Klageerhebung ausgelöste Hemmung der Verjährung „sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Erledigung des eingeleiteten Verfahrens“. Die Klagerücknahme erledigt das Verfahren. Folge ist jedoch nicht das rückwirkende Entfallen der Hemmungswirkung, sondern gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB-RE das Ende der Hemmung nach Ablauf der sechsmonatigen Nachfrist.

Auch gegen die Gefahr des Missbrauchs ist in ausreichendem Maße vorgesorgt. Der wichtigste Gesichtspunkt ist die schon erwähnte Umstellung von der Unterbrechungs- auf die Hemmungswirkung. Eine nur vorgeblich zum Zwecke der Rechtsverfolgung, tatsächlich aber aus verjährungsrechtlichen Gründen erhobene Klage, die alsbald zurückgenommen wird, würde nach geltendem Recht ohne den bisherigen § 212 Abs. 1 BGB eine komplett neue Verjährungsfrist von bis zu 30 Jahren in Gang setzen, zuzüglich der Zeit zwischen Klageerhebung und -rücknahme. Nach dem Entwurfsrecht tritt lediglich eine Hemmung der Verjährung um sechs Monate ein, zuzüglich der Zeit zwischen Klageerhebung und -rücknahme. Daher ist nach der bisherigen Rechtslage das Bedürfnis nach einer Regelung wie in § 212 Abs. 1 BGB deutlich größer, da ansonsten die verjährungsrechtlichen Folgen einer Klageerhebung wesentlich lukrativer wären als nach dem Entwurfsrecht. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass der Gläubiger diesen vergleichsweise geringen verjährungsrechtlichen Ertrag nicht umsonst bekommt. Er hat nach § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO die gesamten Kosten des Rechtsstreits zu tragen, was die Gefahr des Missbrauchs weiter eindämmt. Auch für den Sonderfall des kostenfreien Prozesskostenhilfeverfahrens ist Vorsorge getroffen: Nach § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB-RE hat nur der erstmalige Prozesskostenhilfeantrag Hemmungswirkung. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Gerichte rechtsmissbräuchlichen Rechtsverfolgungsmaßnahmen keine Hemmungswirkung zubilligen werden. Gerade wenn ein Gläubiger in halbjährlicher Folge mehrere gleichgerichtete Anträge einreicht, die stets kurzfristig zurückgenommen werden, liegt die Annahme des Rechtsmissbrauchs nahe.

Zu Nummer 11 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 204 Abs. 1 Nr. 11 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem in der Prüfbitte liegenden Vorschlag des Bundesrates mit einer redaktionellen Änderung zu. In § 204 Abs. 1 BGB-RE sollte Nummer 11 wie folgt gefasst werden:

„11. den Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens (§ 1044 der Zivilprozessordnung),“.

Nach dem Regelfall des § 1044 Satz 1 ZPO beginnt das schiedsrichterliche Verfahren mit dem Tag, an dem der Beklagte den Antrag, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, empfangen und damit Kenntnis von dem ver-

jährungshemmenden Ereignis erlangt hat. Der Empfang des Antrags entspricht der Erhebung der Klage durch Zustellung der Klageschrift nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB-RE i. V. m. § 253 Abs. 1 ZPO. Eine Vorverlegung der verjährungsrechtlichen Wirkung auf den Zeitpunkt des Eingangs der Klage bei Gericht steht nach § 270 Abs. 3 ZPO unter der Bedingung, dass die Zustellung „demnächst“ erfolgt. Vereinbaren die Parteien einen abweichenden Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens, setzen sie etwa nach dem vom Bundesrat gebildeten Beispiel den Eingang des Antrags bei einer Drittstelle als Beginn des Schiedsverfahrens fest, steht die Hemmungswirkung nach der vom Bundesrat intendierten Vorschrift jedenfalls nicht ausdrücklich unter der Bedingung, dass der Schuldner diesen Antrag „demnächst“ empfängt.

Die Bundesregierung ist aber mit dem Bundesrat der Auffassung, dass insoweit den Parteivereinbarungen Rechnung getragen werden soll. Den Parteien steht es frei, einen abweichenden Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens festzulegen. Tun sie dies, kann ihnen auch zugemutet werden, hierbei die verjährungsrechtlichen Konsequenzen im Blick zu haben.

Bei der Formulierung der Vorschrift sollte der vom Bundesrat vorgeschlagene Halbsatz „in dem der Anspruch geltend gemacht wird“ entfallen. Dass die Hemmungswirkung einer Rechtsverfolgungsmaßnahme vorbehaltlich des § 213 BGB-RE nur den Anspruch betrifft, dessen Durchsetzung mit der Maßnahme verfolgt wird, ist eine Selbstverständlichkeit, die auch in den anderen Alternativen des § 204 Abs. 1 BGB-RE nicht ausdrücklich ausgesprochen wird.

Zu Nummer 12 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 204 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Bundesrat zu. § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB-RE sollte wie folgt gefasst werden:

> „Gerät das Verfahren dadurch in Stillstand, dass die Parteien es nicht betreiben, so tritt an die Stelle der Erledigung des Verfahrens die letzte Verfahrenshandlung der Parteien, des Gerichts oder der sonst mit dem Verfahren befassten Stelle, es sei denn, das Nichtbetreiben beruht auf einem triftigen Grund.“

Die in § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB-RE noch angesprochene Alternative des Stillstands des Verfahrens infolge einer Vereinbarung ist schon nach geltendem Recht überholt, da prozessrechtlich den Parteien mit der Verordnung vom 13. Februar 1924 (RGBl. I S. 135) die Möglichkeit entzogen wurde, durch Vereinbarung das Verfahren zum Ruhen zu bringen (RGZ 128, 191, 196; Staudinger/Peters, BGB, 12. Aufl. 1995, § 211 Rdn. 8). Nach den §§ 251 und 251a ZPO kann nur das Gericht das Ruhen des Verfahrens beschließen.

Hinsichtlich der zweiten Alternative des Stillstands des Verfahrens infolge Nichtbetreibens führt der Bundesrat zutreffend aus, dass die Rechtsprechung den bisherigen § 211 Abs. 2 Satz 1 BGB in teleologischer Reduktion dann nicht anwendet, wenn für das Untätigbleiben des Berechtigten ein triftiger Grund besteht (BGH, NJW 1999, 1101, 1102; 1999, 3774, 3775). Dies sollte auch in der Vorschrift zum Ausdruck kommen. Der Gesetzgeber sollte nicht versuchen, die triftigen Gründe im Einzelnen zu benennen. Solche Gründe können nämlich außerordentlich vielgestaltig sein.

Hinsichtlich derjenigen Gründe für das Nichtbetreiben des Prozesses, die von der Rechtsprechung bislang nicht als „triftig“ angesehen werden, sieht die Bundesregierung keinen Anlass zu gesetzgeberischem Handeln. Dies gilt insbesondere für die vom Bundesrat angesprochenen sog. Musterprozesse (BGH, NJW 1983, 2496; 1998, 2274). Wie Peters (Staudinger a. a. O. § 211 Rdn. 17) zutreffend ausführt, ist ein „Musterprozess“ eben doch nur teilweise deckungsgleich mit dem nicht betriebenen Prozess; hinsichtlich ihrer Unterschiede bleiben aber die Gefahren der Verdunkelung bestehen, denen die Verjährung gerade vorbeugen soll. Zudem wird das Problem dadurch entschärft, dass künftig im Rahmen des § 202 Abs. 2 BGB-RE verjährungserschwerende Vereinbarungen möglich sind. In einer Musterprozessvereinbarung können die Parteien daher auch vereinbaren, dass die Verjährung bis zum Abschluss des Musterprozesses gehemmt ist. Diese Möglichkeit steht auch in allen anderen Fällen zur Verfügung, in denen die Parteien Zweifel haben, ob die Hemmung wegen des Vorliegens eines triftigen Grundes fortdauert.

Schließlich sollte in der Vorschrift auch zum Ausdruck kommen, dass sie allein die Fälle betrifft, in denen die Förderung des Verfahrens Sache der Parteien ist. Auch der bisherige § 211 Abs. 2 Satz 1 BGB ist unanwendbar, wenn das Gericht von Amts wegen tätig werden muss (BGH, NJW 2000, 132; Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl. 2001, § 211 Rdn. 4).

Zu Nummer 13 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 205 BGB)

Die Bundesregierung hält ein besonderes Klauselverbot der vom Bundesrat vorgeschlagenen Art nicht für angezeigt.

Unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung hat der BGH mit Urteil vom 28. September 1999 (XI ZR 90/98, NJW 1999, 3705) entschieden, die Verjährung von Zinsen aus einer Sicherungsgrundschuld sei nicht in entsprechender Anwendung des geltenden § 202 Abs. 1 BGB wegen des aus dem Sicherungsvertrag folgenden Rechts des Sicherungsgebers, bis zum Eintritt der Fälligkeit der gesicherten Forderung die Leistung aus der Grundschuld zu verweigern, bis zum Eintritt des Sicherungsfalls gehemmt. Diese Rechtsprechung wird durch die Vorschrift nicht in Abrede gestellt. Etwaigen Umgehungsversuchen wird die Rechtsprechung mit dem Verbot einer unangemessenen Benachteiligung nach § 307 BGB-RE begegnen können und begegnen. Ein spezielles Klauselverbot erscheint nicht notwendig, aber auch kaum möglich.

Zu Nummer 14 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 207 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem in der Prüfbitte liegenden Vorschlag zu, in Stiefkindverhältnissen eine beidseitige Verjährungshemmung einzuführen. Ein besonderes Näheverhältnis, das den Gläubiger im Interesse des Familienfriedens von einer klageweise Geltendmachung von Ansprüchen abhalten kann, kann es auch im Verhältnis zwischen Stiefkindern und Stiefeltern geben. Ein solches Näheverhältnis ist auch vom Gesetzgeber anerkannt und gewollt, wie die Vorschriften über die Einbenennung des Kindes in die Stieffamilie (§ 1618 BGB), den Schutz der Stieffamilie vor dem Herausnahmebegehren des anderen Elternteils (§ 1682 BGB) sowie das Umgangsrecht der Stiefeltern (§ 1685 Abs. 2 BGB) zeigen. Eine noch weitergehende rechtliche

Anerkennung hat das Stiefkindverhältnis durch das Lebenspartnerschaftsgesetz erfahren, das der Stiefmutter bzw. dem Stiefvater ein „kleines Sorgerecht“ für das Stiefkind einräumt (§ 1687b BGB).

Nicht anzuschließen vermag sich die Bundesregierung dem Vorschlag, die Vorschrift auch auf ehe- oder familienähnliche Verhältnisse auszudehnen. Diese Verhältnisse sollten im Rahmen einer umfassenderen Betrachtung geregelt werden. Solange der Gesetzgeber aber an seiner bisherigen Grundsatzentscheidung festhält, die ehe- oder familienähnlichen Verhältnisse nicht mit einem besonderen rechtlichen Rahmen auszustatten, sollte er nach Ansicht der Bundesregierung auch keine Verjährungshemmung statuieren. Da das Abstandnehmen von einer Verjährungshemmung in solchen Verhältnissen auf übergeordneten Gesichtspunkten beruht, ist es der Rechtsprechung unbenommen, im Einzelfall in entsprechender Anwendung des § 207 BGB-RE eine Verjährungshemmung anzunehmen, wenn ein der Ehe oder Familie vergleichbares Näheverhältnis besteht.

Zusammenfassend sollte § 207 Satz 2 bis 4 BGB-RE unter Berücksichtigung der Änderung gemäß den Ausführungen zu Nummer 15 durch folgende Sätze ersetzt werden:

„Das Gleiche gilt für Ansprüche zwischen

1. Lebenspartnern, solange die Lebenspartnerschaft besteht,
2. Eltern und Kindern und Stiefeltern und Stiefkindern während der Minderjährigkeit der Kinder,
3. dem Vormund und dem Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses,
4. dem Betreuten und dem Betreuer während der Dauer des Betreuungsverhältnisses, und
5. dem Pflegling und dem Pfleger während der Dauer der Pflegschaft.

Die Verjährung von Ansprüchen des Kindes gegen den Beistand ist während der Dauer der Beistandschaft gehemmt.“

Zu Nummer 15 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 207 Satz 3, 4 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem in der Prüfbitte liegenden Vorschlag zu, in Betreuungsverhältnissen und in der Pflegschaft eine beidseitige Verjährungshemmung einzuführen. Der Vorschlag ist in dem Text, der zu Nummer 14 vorgeschlagen wird, bereits eingearbeitet.

Hinsichtlich der Beistandschaft bedarf es nach Ansicht der Bundesregierung keiner beidseitigen Hemmung. Die Beistandschaft wird stets vom Jugendamt ausgeübt. Insoweit kann es kein dem Verhältnis zwischen Eltern und Kindern und dem Vormund und dem Mündel vergleichbares Näheverhältnis geben.

Zu Nummer 16 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 213 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Bundesrat in der Sache zu und schlägt folgende Fassung des § 213 BGB-RE vor:

„§ 213
Hemmung, Ablaufhemmung und erneuter Beginn
der Verjährung bei anderen Ansprüchen

Die Hemmung, die Ablaufhemmung und der erneute Beginn der Verjährung gelten auch für Ansprüche, die aus demselben Grund wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind.“

Die Bundesregierung berücksichtigt in diesem Text bereits die Änderungen, die nach den Ausführungen zu Nummer 9 vorgenommen werden sollten. Sie greift mit der Formulierung „wahlweise neben dem Anspruch“ den gleichlautenden Vorschlag des Entwurfs der Schuldrechtskommission (§ 219 BGB-KE) und des Diskussionsentwurfs (§ 211 BGB-DE) wieder auf. Das Wort „wahlweise“ soll die sog. elektive Konkurrenz kennzeichnen, bei der dem Gläubiger wahlweise mehrere, inhaltlich verschiedene Ansprüche zustehen. Hiergegen war eingewandt worden, das Wort „wahlweise“ klinge zu sehr nach „Wahlschuldverhältnis“. Die Bundesregierung ist jedoch der Auffassung, dass diese Bedenken unbegründet sind. Sowohl aus der Überschrift als auch aus dem Wortlaut des § 213 BGB-RE-neu ergibt sich, dass es darum geht, ob die Hemmung, Ablaufhemmung und der erneute Beginn der Verjährung eines Anspruchs auch Auswirkungen haben auf die Verjährung anderer Ansprüche. Dies kann mit der Wahlschuld i. S. d. § 262 BGB nichts zu tun haben, da bei der Wahlschuld nur ein einheitlicher Anspruch mit alternativem Inhalt besteht (Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl. 2001, § 262 Rdn. 1).

Die Bundesregierung hält es mit dem Bundesrat für zweckmäßig, die elektive Konkurrenz der Ansprüche etwas zu konkretisieren. Dazu erscheint ihr aber der Begriff des Interesses nicht geeignet, weil er in den verschiedenen Vorschriften in ganz unterschiedlichem Sinn verstanden wird. Das hier Gemeinte wird nach Ansicht der Bundesregierung besser mit der Formulierung „aus demselben Grund“ beschrieben.

Zu Nummer 17 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 3 (§ 218 Abs. 1 BGB)

Die Bundesregierung vermag dem in der Prüfbitte liegenden Vorschlag des Bundesrates nicht zu folgen.

Wenn der Anspruch auf die Leistung oder der Anspruch auf Nacherfüllung verjährt ist, kann auch der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz statt der Leistung aus den §§ 280 und 281 BGB-RE nicht mehr entstehen. Dies folgt daraus, dass die Verjährung des Anspruchs grundsätzlich allen Ansprüchen und Rechten entgegensteht, die in der Nicht-, Schlecht- oder verzögerten Erfüllung des verjährten Anspruchs gründen. Ansonsten wäre das Recht des Schuldners nach § 214 BGB-RE, nach Eintritt der Verjährung die Leistung zu verweigern, weitgehend seiner Wirkung beraubt. So kommt der Schuldner nicht in Verzug, wenn der Anspruch auf die Leistung verjährt ist, und ein bereits eingetretener Verzug endet mit Entstehung der Einrede, was im Rahmen des bisherigen § 326 Abs. 1 BGB dazu führt, dass sodann kein Schadensersatzanspruch und auch kein Rücktrittsrecht mehr entstehen können (BGH, NJW 1988, 1778). Davon ist der BGH auch in der vom Bundesrat zitierten Entscheidung (BGH, NJW 1999, 2884) ausgegangen. Auch sind das Leistungsverweigerungsrecht des § 273 BGB und

das Zurückbehaltungsrecht des § 320 BGB in entsprechender Anwendung des bisherigen § 390 Satz 2 BGB (künftig § 215 BGB-RE) ausgeschlossen, wenn der Gegenanspruch bereits verjährt war, als der Anspruch des Gläubigers entstand (BGHZ 48, 116; BGHZ 53, 122, 125). Genauso liegt es bei § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB-RE. Er setzt eine fällige und natürlich auch durchsetzbare Forderung voraus. Daran fehlt es, wenn der Anspruch verjährt ist. Wollte man diese Fälle gesetzlich regeln, müsste man, um fehlerhafte Rückschlüsse zu vermeiden, auch die Behandlung zumindest der wichtigsten anderen Einreden regeln. Dies ist weder nötig noch sachgerecht.

§ 218 BGB-RE zielt auch gar nicht darauf ab, allgemein zu regeln, welche Wirkung die Verjährung des Anspruchs auf Ansprüche und Rechte hat, die in der Nicht-, Schlecht- oder verzögerten Erfüllung des verjährten Anspruchs gründen. Er hat nur zum Ziel klarzustellen, dass die im Kauf- und Werkvertragsrecht vorgenommene Umgestaltung der Wandelung und der Minderung in Gestaltungsrechte die Verjährung der Ansprüche nicht berührt.

Die Bundesregierung entnimmt der Begründung des Antrags, dass der Bundesrat in der Sache die Regelung des § 438 Abs. 2 BGB-RE hinterfragen möchte. Danach beginnt die Verjährung des Schadensersatzanspruchs mit der Ablieferung der Sache und nicht, wie bisher, mit der Herstellung seiner Voraussetzungen. Dies dient der Klarheit der Fristen und räumt dem Gläubiger auch eine ausreichend lange Zeit zur Geltendmachung seiner Rechte ein. Sie ist mit 2 Jahren doppelt so lang wie die derzeit bestehende Frist. Nach geltendem Recht gilt eine Frist von 6 Monaten, die spätestens 6 Monate nach Lieferung beginnt.

Zu Nummer 18 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 5 (§ 247 BGB)

Die Bundesregierung schließt sich dem Vorschlag grundsätzlich an. Das Anliegen betrifft zunächst den Zeitpunkt der erstmaligen Anpassung des Basiszinssatzes, der mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002 zusammenfällt. Die erforderliche Klarstellung, dass bereits zum 1. Januar 2002 die erste Anpassung – soweit erforderlich – vorzunehmen ist, sollte aber nicht in § 247 BGB-RE, sondern in der betreffenden Überleitungsvorschrift, hier in Artikel 2 Nr. 3 des Entwurfs vorgenommen werden, wo Artikel 229 § 6 EGBGB-RE folgender Absatz 3 angefügt werden könnte:

> „(3) Eine Veränderung des Basiszinssatzes gemäß § 247 Abs. 1 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgt erstmals zum 1. Januar 2002.“

Darüber hinaus sollte dem Vorschlag entsprechend § 247 Abs. 1 Satz 3 BGB-RE ergänzt werden, so dass er dann wie folgt lautet:

> „Bezugsgröße ist der Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres.“

Zu Nummer 19 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6 (§ 275 Abs. 1 und 2 BGB)

Die Bundesregierung räumt dem Bundesrat ein, dass die vorübergehende Unmöglichkeit noch nicht befriedigend geregelt ist. Die generell geringe Bedeutung der Unmöglichkeit ist auch ein Argument, diese Frage – wie bisher schon – der Rechtsprechung zu überlassen. Andererseits ist das Embargo als ein typischer Anwendungsfall der vorübergehenden Unmöglichkeit von besonderer Aktualität. Und dies wird in der Zukunft auch so sein, weil das Embargo eines der nicht sehr zahlreichen Mittel der Völkergemeinschaft ist, auf Verstöße gegen Völkerrecht zu reagieren. Es ist also absehbar, dass diese Fälle häufiger vorkommen werden. Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wird zudem noch zu prüfen sein, ob dem Gläubiger im Fall des sehr ähnlich gelagerten Falles einer Ungewissheit über den Eintritt der Unmöglichkeit ein Rücktrittsrecht einzuräumen ist. Es soll deshalb versucht werden, in diesem Zusammenhang auch für die vorübergehende Unmöglichkeit eine befriedigende Lösung zu finden.

Zu Nummer 20 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6 (§ 275 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 21 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6 (§ 275 Abs. 2, § 276 BGB)
Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 280 Abs. 1 Satz 2, § 288 Abs. 1, 2 BGB)
Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 311a BGB)
Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 15 (§ 326 BGB)

Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass der Entwurf insbesondere in § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB-RE den Besonderheiten des Arbeitsrechts bereits weitgehend Rechnung trägt. Es können allerdings Zweifel hinsichtlich der Reichweite des § 275 Abs. 2 Satz 3 BGB-RE aufkommen. Das Vertretenmüssen des Schuldners ist im Regelfall eines der Kriterien, anhand derer das Maß der dem Schuldner nach § 275 Abs. 2 Satz 1 BGB-RE zuzumutenden Anstrengungen zu beurteilen ist. Das sollte sich aber nicht auf die in erster Linie arbeitsrechtlichen Besonderheiten Rechnung tragende Bestimmung des § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB-RE beziehen, weil etwa auch der Arbeitnehmer, der seine Erkrankung zu vertreten hat, nicht zur Arbeitsleistung gezwungen werden kann. Das Vertretenmüssen spielt in diesem Fall vielmehr eine Rolle für das Schicksal der Gegenleistung (Entgeltfortzahlung). Satz 3 dieser Vorschrift erscheint bei erneuter Prüfung doch geeignet, hieran Zweifel zu wecken. Es erscheint daher vorzugswürdig, diesen Satz ersatzlos zu streichen. Es ergibt sich dann im Rahmen des § 275 Abs. 2 Satz 1 BGB-RE aus allgemeinen Grundsätzen, dass im Regelfall dem Schuldner, der das Leistungshindernis zu vertreten hat, in größerem Umfang Anstrengungen zugemutet werden können als einem sonstigen Schuldner. Es handelt sich ohnehin nur um ein Beispiel für die maßgeblichen Kriterien. Es spricht aber nach Ansicht der Bundesregierung vieles dafür, den Besonderheiten des Arbeitsrechts in folgender Hinsicht besser Rechnung zu tragen:

§ 326 Abs. 1 BGB-RE übernimmt den allgemeinen Grundsatz des geltenden Rechts, nach dem der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, wenn ihm die Leistung unmöglich wird. Das bedeutet für das Arbeitsrecht, dass der Arbeitnehmer den Anspruch auf Arbeitsentgelt verliert, wenn ihm nach Begründung des Arbeitsverhältnisses die Arbeitsleistung ganz oder teilweise unmöglich wird, ohne dass ihn oder den Arbeitgeber daran ein Verschulden

trifft (§§ 275 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB – Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“).

Von diesem Grundsatz abweichende Regelungen enthält das geltende Dienstvertragsrecht in den §§ 615, 616 BGB. Darüber hinaus ist die ständige arbeitsgerichtliche Rechtsprechung in Fortführung der Entscheidungen des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts davon ausgegangen, dass die vom Gesetzgeber des BGB im Jahre 1900 geschaffenen allgemeinen Vorschriften über die Unmöglichkeit (§§ 275 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB) und die besonderen Vorschriften über den Annahmeverzug des Dienstberechtigten (§ 615 BGB) den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses nicht immer gerecht werden (BAG vom 8. Februar 1957 – 1 AZR 338/55 – AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; vom 22. Dezember 1980 – 1 ABR 2/79 – AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; vom 23. Juni 1994 – 6 AZR 853/93 – AP Nr. 56 zu § 615 BGB). Die Rechtsprechung hat in dem Zusammenwirken von Unternehmer und Belegschaft eine soziale Arbeits- und Betriebsgemeinschaft gesehen und deshalb von den Regelungen des BGB (§§ 275 Abs. 1, 323 Abs. 1, § 615 BGB) abweichende Grundsätze zur Zahlung des Arbeitsentgelts aufgestellt.

Es sollte deshalb sichergestellt werden, dass der Arbeitgeber auch nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts weiterhin zur Zahlung des Arbeitsentgelts verpflichtet ist, wenn er das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Die Rechtsprechung sollte diesen Grundsatz wie bisher konkretisieren und den Besonderheiten der denkbaren Fallgestaltungen Rechnung tragen.

Dazu könnte § 615 BGB ergänzt werden. Nach Artikel 1 Abs. 1 Nr. 36 sollte daher folgende neue Nummer 36a eingefügt werden:

„36a. Dem § 615 wird folgender Satz angefügt:

‚Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt.‘ “

Die Bundesregierung hat im Anschluss an die vom Bundesrat angesprochenen Bedenken, die Löwisch in NZA 2001, 465 ff., erhoben hat, geprüft, ob sich bei der Regelung der Folgen von Pflichtverletzungen im Hinblick auf Arbeitnehmer Änderungen ergeben. Sie ist zu dem Ergebnis gelangt, dass dies im Grundsatz nicht der Fall ist, weil die neuen Vorschriften den von der Rechtsprechung zum geltenden Recht entwickelten Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung künftig eine tragfähige Grundlage geben. Sie stellen sie nicht nur nicht in Frage, sie bestätigen sie vielmehr. Nach ständiger Rechtsprechung ist bei der Haftung des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis auf Seiten des Arbeitgebers das Betriebsrisiko zu berücksichtigen. Während dies früher nur bei gefahrengeneigter Tätigkeit galt, ist dies nach einem Beschluss des Großen Senats des BAG vom 21. September 1994 (NJW 1995, 210, 212) auch bei anderen dienstlichen bzw. betrieblichen Tätigkeiten anzunehmen. In welchem Umfang der Arbeitnehmer haftet, richtet sich danach im Rahmen einer Abwägung der Gesamtumstände, insbesondere von Schadensanlass und Schadensfolgen, nach Billigkeits- und Zumutbarkeitsgesichtspunkten. Zu den Umständen, denen je nach Lage des Einzelfalls ein unterschiedliches Gewicht beizumessen ist und die im Hinblick auf die Vielfalt möglicher Schadensursachen auch nicht abschließend bezeichnet werden können, gehören der Grad des dem Arbeitnehmer zur Last fallenden Verschuldens, die Gefahrengeneigtheit der Arbeit, die Höhe des Schadens, ein vom Arbeitgeber einkalkuliertes oder durch Versicherung deckbares Risiko, die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb und die Höhe des Arbeitsentgelts, in dem möglicherweise eine Risikogruppe enthalten ist, gegebenenfalls auch die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers (BAG – GS –, NJW 1995, 210, 213; BGH, NJW 1996, 1532). Diese Rechtsprechung wird bisher auf § 254 BGB gestützt. Daran ändern die Vorschläge des Entwurfs nichts. Sie bieten der Rechtsprechung vielmehr eine bessere Absicherung dieser Judikatur. Nach § 276 Abs. 1 BGB-RE kann sich nämlich eine mildere Haftung (auch des Arbeitnehmers) aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses ergeben. Auch wenn die Rechtsprechung dieses Ergebnis bisher aus § 254 BGB ableitet, begründen die von der Rechtsprechung berücksichtigten Umstände weniger ein Mitverschulden des Arbeitgebers, als vielmehr eine vertragliche Haftungsbeschränkung zugunsten des Arbeitnehmers. Diese wird – anders als früher – jetzt in § 276 Abs. 1 BGB-RE ausdrücklich angesprochen, so dass die Rechtsprechung nicht mehr auf den an sich nicht recht passenden § 254 BGB ausweichen muss. Es bleibt ihr aber unbenommen, bei der bisherigen dogmatischen Begründung der Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung zu bleiben.

Des ungeachtet wird die Bundesregierung im weiteren Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens nochmals prüfen, ob die einschlägigen Vorschriften, namentlich § 276 BGB-RE, den vorstehend beschriebenen Regelungswillen des Gesetzgebers hinreichend deutlich und anwendungssicher zum Ausdruck bringen. Dazu gehört auch die Frage, ob die bisherige differenzierte Anwendung der Beweislastregelung des § 282 BGB durch die Rechtsprechung des BAG auch nach der Erstreckung der Vorschrift auf die Schlechterfüllung (vgl. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB-RE) fortgeführt werden kann. Das soll sichergestellt werden. Sie wird gegebenenfalls Ergänzungen des Entwurfstextes vorschlagen, um sicherzustellen, dass der arbeitsrechtliche Besitzstand ungeschmälert erhalten bleibt.

Zu Nummer 22 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6 (§ 275 Abs. 3 BGB)

Die Bundesregierung kann sich dem Vorschlag, § 280 BGB-RE aus der Verweisung in § 275 Abs. 3 BGB-RE auszunehmen, nicht anschließen. Zwar bestimmt § 280 BGB-RE dann, wenn die Pflichtverletzung in der Nichtleistung infolge einer der Fälle des § 275 Abs. 1 oder 2 BGB-RE besteht, nicht unmittelbar den Schadensersatzanspruch des Gläubigers, sondern nur über die Bezugnahme in § 283 Satz 1 BGB-RE. § 283 BGB-RE ist für den Schadensersatzanspruch statt der Leistung bei Unmöglichkeit die speziellere Regelung gegenüber den §§ 280, 281 BGB-RE. Über dieses Zusammenspiel der genannten Bestimmungen sagt § 275 Abs. 3 BGB-RE aber nichts aus. Dass § 280 BGB-RE auch im Fall der Unmöglichkeit zu beachten ist, folgt aus § 283 Satz 1 BGB-RE. Die Verweisung in § 275 Abs. 3 BGB-RE ist schon deshalb durchaus zutreffend. Daneben gibt es auch Pflichtverletzungen wie zum Beispiel die Verletzung von Sorgfaltspflichten, die mit der Unmöglichkeit der Leistung nicht zusammenhängen. In derartigen Fällen kann sich ein Anspruch des Gläubigers unmittelbar aus

§ 280 Abs. 1 BGB-RE ergeben. Wenn auch eine Streichung der Bezugnahme hierauf in § 275 Abs. 3 BGB-RE daran wegen ihres Zusammenhangs mit der Unmöglichkeit nichts ändern würde, könnte es aber doch zu vermeidbaren Missverständnissen kommen.

Zu Nummer 23 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6 (§ 275 Abs. 3 BGB)

Die Bundesregierung verweist auf ihre Ausführungen zu Nummer 19.

Zu Nummer 24 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 6 (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu. In § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB-RE könnte statt von „Natur der Schuld“ von „einer Geldschuld“ gesprochen werden. Damit würde klargestellt, dass sich diese Besonderheit beim Haftungsmaßstab nur auf die Geldschuld bezieht. Anlass für die im Antrag geschilderten Unsicherheiten bei anderen Verbindlichkeiten besteht dann nicht mehr. Vorgeschlagen wird, von „einer“ Geldschuld zu sprechen, weil unter einer „Geldschuld“ etwa auch der Fall verstanden werden könnte, dass der Münzsorte nach bestimmte Geldstücke zu leisten sind, was aber häufig nichts anderes als eine normale Gattungsschuld darstellen wird.

Da § 276 BGB-RE nur die Umstände beschreibt, die der Schuldner zu vertreten hat, das Freiwerden des Schuldners nach § 275 BGB-RE aber von seinem Vertretenmüssen unabhängig ist, muss nach Auffassung der Bundesregierung eine Regelung der Geldschuld auch in § 275 BGB-RE erfolgen. Dazu sollte § 275 Abs. 1 BGB-RE mit einem Zusatz versehen werden, der klarstellt, dass die Bestimmung nicht auf Geldschulden Anwendung findet. Dazu könnten in § 275 Abs. 1 BGB-RE die Worte „Der Anspruch auf Leistung“ ersetzt werden durch die Worte:

> „Der Anspruch auf eine Leistung, die nicht in einer Geldschuld besteht,“.

Eine entsprechende Einschränkung muss auch für § 275 Abs. 2 BGB-RE gelten. Das braucht aber dort nicht mehr ausdrücklich wiederholt zu werden, nachdem der Absatz 1 der Vorschrift ihren Anwendungsbereich bereits entsprechend einschränkt.

Zu Nummer 25 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB)

Die Bundesregierung hält die Beweislastverteilung in § 282 Abs. 1 Satz 2 BGB-RE, die auf den Vorschlag der Schuldrechtskommission zurückgeht, für angemessen. Die Vorschrift verallgemeinert die bereits im geltenden Recht vorhandenen Beweislastregeln der §§ 282 und 285 BGB, die mit der Unmöglichkeit und dem Verzug die beiden einzigen im allgemeinen Leistungsstörungsrecht des BGB geregelten Sonderfälle von Pflichtverletzungen betreffen. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB-RE setzt eine Pflichtverletzung im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 der Vorschrift voraus. Diese Pflichtverletzung muss der Gläubiger beweisen. Gelingt der Beweis, so steht fest, dass der Schuldner seinen Pflichten aus dem Schuldverhältnis nicht so nachgekommen ist, wie es das Schuldverhältnis von ihm verlangt. Das rechtfertigt es, in diesem Fall von dem Schuldner zu verlangen, sich zu entlasten, wenn es um die Frage geht, ob er diese objektiv festgestellte Pflichtverletzung auch zu vertreten hat. Der Schuldner ist es, der den Anforderungen aus dem Schuldverhältnis nicht nachkommt. Er ist deshalb auch sehr viel eher in der Lage, die Ursachen für die Pflichtverletzung darzulegen.

Es ist richtig, dass die Rechtsprechung unter Heranziehung des Gedankens aus § 282 BGB bei der Haftung aus positiver Vertragsverletzung eine Beweislastverteilung nach Gefahren- und Verantwortungsbereichen annimmt. Dies greift der Entwurf aber gerade auf: Verletzt der Schuldner objektiv eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so stammt die Störung bei der Abwicklung aus seinem Bereich; ihm ist deshalb sehr viel eher als dem Gläubiger zuzumuten, die Ursachen der Pflichtverletzung darzulegen (vgl. für das geltende Recht auch die Zusammenfassung der Rechtsprechung bei Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl. 2001, § 282 Rdn. 8).

Zu Nummer 26 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 281 Abs. 1 Satz 3 BGB)

Die Bundesregierung vermag dem Vorschlag nicht zu folgen. Eine Klarstellung wird durch das Wort „nur“ nach Auffassung der Bundesregierung nicht erzielt. Der Anwendungsbereich der Vorschrift umfasst die Teil- und die Schlechtleistung, was in der gewählten Formulierung bereits zum Ausdruck kommt.

Zu Nummer 27 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 281 Abs. 1 Satz 3 BGB)

Die Bundesregierung hält auch nach nochmaliger Überprüfung die in § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB-RE aufgestellten Voraussetzungen für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung für sachgerecht. Es geht um die Fälle, in denen entweder nur ein Teil der geschuldeten Leistung oder diese zwar äußerlich vollständig, aber nicht wie geschuldet, also schlecht erbracht wurde. Die Regelung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Gläubiger gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB-RE ohne die zusätzlichen Voraussetzungen des Satzes 3 bereits Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann. Das bedeutet zunächst nur Schadensersatz statt des nicht oder schlecht erbrachten Teils der Leistung. Dieser Schadensersatzanspruch führt aber nicht in jedem Fall zum Scheitern des gesamten Vertrages, was für die Teilleistung offensichtlich ist. Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB-RE bedeutet dann Schadensersatz statt des ausgebliebenen Teils der Leistung, nicht aber statt des erbrachten Teils. Auch bei der Schlechtleistung kann sich die Pflichtverletzung des Schuldners auf einzelne Teile der Leistung beschränken. In diesen Fällen soll § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB-RE verhindern, dass eine derart beschränkte, im Einzelfall vielleicht nur geringfügige Pflichtverletzung zum Anlass genommen wird, über den Anspruch auf „großen Schadensersatz“ das Scheitern des gesamten Schuldverhältnisses (Vertrags) herbeizuführen (Beispiel: Bei dem Kauf eines PKW sollte eine defekte Glühbirne nicht zum Anlass genommen werden können, großen Schadensersatz, das heißt insbesondere die Ersatzbeschaffungskosten nicht nur für das defekte Teil, sondern für das ganze Auto geltend machen zu können). § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB-RE enthält deshalb eine auf das Leistungsinteresse des Gläubigers abstellende Einschränkung für den großen Schadensersatz. Das ist sachge-

recht, was besonders deutlich wird, wenn man sich den hauptsächlichen Inhalt eines derartigen Schadensersatzanspruchs verdeutlicht: Es geht nämlich vor allem um die Kosten für eine Ersatzbeschaffung, die der Gläubiger nur dann ersetzt verlangen können soll, wenn sein Interesse an der geschuldeten, nicht erhaltenen und nun von ihm anderweitig besorgten Leistung das erfordert.

Zu Nummer 28 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 281 Abs. 2, § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB)
Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 15 (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB)

Die Bundesregierung kann sich diesem Vorschlag nicht anschließen. Die angesprochenen, zur Streichung vorgeschlagenen Bestimmungen beruhen überwiegend auf in der Rechtsprechung seit langem anerkannten Fallgruppen. So ist etwa die Entbehrlichkeit einer Mahnung bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung ebenso unproblematisch wie die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB in diesen Fällen. Bei einer Neuregelung des Leistungsstörungsrechts sollten derartige Ausnahmetatbestände deshalb mit aufgenommen werden. Ihr Ausnahmecharakter kommt durch die Fassungen der jeweiligen Vorschriften nach Auffassung der Bundesregierung hinreichend deutlich zum Ausdruck. Eine Ausweitung der Streitigkeiten ist nicht zu erwarten; bereits heute kommt der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung als ungeschriebener Ausnahme zu dem Mahnungs- bzw. Fristsetzungserfordernis der §§ 284, 326 BGB eine nicht unerhebliche Bedeutung zu. Darüber hinaus ist auch § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB-RE als eine besondere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben notwendig; eine entsprechende Ausnahme von der Erforderlichkeit einer Fristsetzung müsste bei Fehlen dieser Bestimmung aus § 242 BGB hergeleitet werden.

Zu Nummer 29 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 281 Abs. 3 BGB)

Die Prüfung durch die Bundesregierung hat ergeben, dass keine Textänderungen erforderlich sind. Nach § 281 Abs. 3 BGB-RE ist der Anspruch auf Leistung mit dem Schadensersatzverlangen des Gläubigers ausgeschlossen. Diese Folge kann aber nur ein dem Grunde nach berechtigtes Verlangen von Schadensersatz haben; nur wenn ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung überhaupt besteht, kann er den Leistungsanspruch ersetzen. Scheitert also zum Beispiel ein Schadensersatzanspruch an dem gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB-RE erforderlichen, jedoch im Einzelfall fehlenden Verschulden des Schuldners, so besteht kein Schadensersatzanspruch, der den Leistungsanspruch ersetzen könnte. Letzterer bleibt dem Gläubiger deshalb in einem derartigen Fall erhalten.

Zu Nummer 30 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 281 Abs. 4 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 31 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§§ 281, 282 BGB)

Nach Auffassung der Bundesregierung sprechen gewichtige Gründe dafür, die §§ 281 und 282 BGB-RE in einer Vorschrift zusammenzuführen und § 282 BGB-RE zu streichen. Dies sollte deshalb im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens ernsthaft erwogen werden. Beide Bestimmungen regeln die Voraussetzungen, unter denen bei der Verletzung von Pflichten aus einem Schuldverhältnis Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden kann. § 281 BGB-RE betrifft dabei Leistungspflichten, § 282 nicht leistungsbezogene Nebenpflichten. Grund für die Regelung in unterschiedlichen Vorschriften war, dass eine auf die Nachholung der Leistung gerichtete Fristsetzung in erster Linie bei Leistungspflichten, deren Erfüllung der Gläubiger verlangen kann, Sinn macht. Beide Arten von Pflichten aus einem Schuldverhältnis sind aber nicht immer leicht voneinander abgrenzbar. So kann man in nicht seltenen Fällen auch bei Nebenpflichtverletzungen einen auf Unterlassung des pflichtwidrigen Verhaltens gerichteten Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner annehmen. Im Übrigen kann auch nach § 282 BGB-RE bei der Verletzung von Nebenpflichten nicht ohne weiteres stets bereits nach der ersten Verletzungshandlung Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden. Vielmehr verlangt § 282 BGB-RE unter anderem, dass dem Gläubiger die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist. In diesem Rahmen muss auch berücksichtigt werden, ob der Gläubiger den Schuldner zu pflichtgemäßem Verhalten angehalten hat. Das wird regelmäßig durch eine Abmahnung zu geschehen haben. Der Grundsatz des § 281 BGB-RE, dass der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung – verallgemeinernd gesagt – davon abhängt, dass der Schuldner eine zweite Chance zu pflichtgemäßem Verhalten erhält, trifft also auch auf die in § 282 BGB-RE geregelten Fälle zu. Letztgenannte Vorschrift kann deshalb gestrichen werden; „nicht wie geschuldet“ in § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB-RE bezieht sich dann auch auf sämtliche Nebenpflichtverletzungen. Die erforderliche Einschränkung für den Anspruch auf „großen Schadensersatz“ ergibt sich dann aus § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB-RE. Das ist auch bei Nebenpflichtverletzungen ausreichend.

Allerdings würde sich damit ein weiteres Problem verstärken: Gerade bei den angesprochenen Unterlassungsansprüchen, die nicht selten auch Folge von Nebenpflichtverletzungen sind, macht keine Fristsetzung, sondern nur eine Abmahnung einen Sinn. Deshalb sollte erwogen werden, in § 281 nach Absatz 2 den folgenden Absatz einzufügen, wodurch sich die folgenden Absätze entsprechend verschieben:

> „(3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an die Stelle einer erforderlichen Fristsetzung eine Abmahnung.“

Zu Nummer 32 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 283 BGB)

Die Bundesregierung verweist hierzu auf ihre Ausführungen zu Nummer 19.

Zu Nummer 33 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 285 Abs. 1 BGB)

Die Bundesregierung verweist hierzu auf ihre Ausführungen zu Nummer 19.

Zu Nummer 34 bis 36 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§§ 286, 288 BGB)

Die Bundesregierung stimmt den in den Prüfbitten des Bundesrates liegenden Änderungsvorschlägen zum Teil zu. Die 30-Tages-Regelung des § 286 Abs. 3 BGB-RE sollte bei Verbrauchern wegen der nach dem Entwurf doch beträchtlichen Verzugsfolgen nur nach einem entsprechenden Hinweis gelten. Diese Regelung ist aber – wie die 30-Tages-Regelung der Zahlungsverzugsrichtlinie, auf die sie zurückgeht – auf vertragliche Schuldverhältnisse und dort auf Entgeltforderungen zugeschnitten. Deshalb sollte es bei § 286 Abs. 3 Satz 2 BGB-RE bleiben, die Regelung insgesamt aber auf Entgeltforderungen aus Verträgen beschränkt werden. Für gesetzliche Ansprüche erscheint die Regelung nach näherer Prüfung doch problematisch. Außerdem sollte unter Zurückstellung von Bedenken entsprechend der Vorgabe des Artikels 3 Abs. 1 Buchstabe b Doppelbuchstabe ii der Zahlungsverzugsrichtlinie eine Regelung für den Fall aufgenommen werden, dass unsicher ist, ob oder wann die Rechnung oder Zahlungsaufforderung zugegangen ist. Der Begriff „unsicher“ wird allerdings unter Berücksichtigung nicht nur des von der Zahlungsverzugsrichtlinie Gewollten, sondern auch der Gegebenheiten des deutschen Zivilprozessrechts eng auszulegen sein. Das Abstellen auf den Empfang der Ware oder Dienstleistung ist nur zweckmäßig, wenn der Zugang der Rechnung überhaupt bestritten ist. Es mag auch sinnvoll sein, auf diesen Zeitpunkt abzustellen, wenn die Ware oder Dienstleistung zwischen den unter den Parteien umstrittenen Zugangsdaten der Rechnung eingegangen ist. Wenig sinnvoll ist der Zugang der Ware als Anknüpfungspunkt aber dann, wenn die Ware vor den zwischen den Parteien streitigen Daten des Zugangs der Rechnung eingegangen ist. Insgesamt sollte § 286 Abs. 3 BGB-RE danach wie folgt gefasst werden:

> „(3) Der Schuldner einer Entgeltforderung kommt spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet. Ist unsicher, ob oder wann dem Schuldner die Rechnung oder Zahlungsaufstellung zugegangen ist, tritt an ihre Stelle der Empfang der Gegenleistung. Die Sätze 1 und 2 gelten gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, nur, wenn dieser rechtzeitig vor Eintritt des Verzugs auf diese Folge besonders hingewiesen worden ist.“

Der Empfang der Gegenleistung tritt nach dieser Bestimmung an die Stelle des Zugangs der Rechnung als Beginn der Frist von 30 Tagen, nicht an die Stelle der Fälligkeit. Ist die Erteilung einer Rechnung aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung oder einer Rechtsnorm gleichzeitig Fälligkeitsvoraussetzung, so ändert § 286 Abs. 3 Satz 2 BGB-RE hieran nichts. Die Bestimmung betrifft nämlich den Eintritt des Verzugs, der die Fälligkeit voraussetzt, deren Voraussetzungen wiederum aber an anderer Stelle geregelt sind (s. etwa § 271 BGB). Ist also im Einzelfall – abweichend von § 271 BGB – bestimmt, dass die Erteilung oder der Zugang einer Rechnung Voraussetzung für die Fälligkeit der Forderung ist, so muss der Gläubiger deren Erteilung/Zugang im Streitfall stets nachweisen, ohne dass bei unklarem Beweisergebnis für den Eintritt der Fälligkeit an die Erbringung der Gegenleistung angeknüpft werden könnte. Andernfalls könnte die nicht hinnehmbare und auch von der Zahlungsverzugsrichtlinie (Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe c ii) nicht gewollte Situation eintreten, dass der Schuldner mit der Erfüllung einer noch nicht fälligen Forderung in Verzug gerät.

Der eingeschränkte Anwendungsbereich sollte aber auch – wie vom Bundesrat zu Nummer 36 vorgeschlagen – für den erhöhten Verzugszins nach § 288 Abs. 2 BGB-RE gelten. Diese Vorschrift sollte daher wie folgt gefasst werden:

> „(2) Bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, beträgt der Zinssatz für Entgeltforderungen acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.“

Zu Nummer 37 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 288 Abs. 3 BGB)

Die Bundesregierung stimmt diesem Vorschlag zu.

Zu Nummer 38 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 9 (§ 296 Satz 2)

Die Bundesregierung stimmt diesem Vorschlag zu.

Zu Nummer 39 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§§ 305 ff. BGB),
Nr. 13 (§§ 312b ff. BGB),
Nr. 31 (§§ 481 ff. BGB)

Die Bundesregierung teilt die in der Prüfbitte zum Ausdruck kommende Ansicht des Bundesrates, dass dem Zitiergebot Rechnung getragen werden muss. Dies soll wie folgt geschehen: Der Überschrift des Bürgerlichen Gesetzbuchs soll eine nichtamtliche Fußnote beigefügt werden, in welcher die mit den integrierten Verbraucherschutzgesetzen umgesetzten Richtlinien sowie die in diesem Gesetz erstmals umgesetzten Richtlinien genannt werden. In der vorgesehenen Neubekanntmachung des Bürgerlichen Gesetzbuchs sollen zusätzlich an den jeweils betroffenen Gliederungseinheiten ergänzende nichtamtliche Fußnoten mit einem Hinweis auf die dort jeweils umgesetzte Richtlinie angebracht werden.

Zu Nummer 40 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB)

Die erbetene Überprüfung hat Folgendes ergeben:

Eine allgemeine zivilrechtliche Regelung zur Verbesserung der Integration von Menschen mit einer körperlichen Behinderung beim Vertragsabschluss erscheint – außerhalb des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – nicht zweckmäßig. Bei der Anbahnung und dem Abschluss von Individualverträgen steht den Vertragsparteien in der Regel ein wesentlich größerer Verhandlungsspielraum zur Verfügung, innerhalb dessen körperliche Behinderungen der einen oder anderen Vertragspartei berücksichtigt werden können. Dies ist bei den Massengeschäften, denen immanent ist, dass sie „ohne Ansehung der Person“ unter Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen abgewickelt werden, anders. Hier bedürfen Menschen mit einer körperlichen Behinderung daher eines besonderen Schutzes. Dies betont die vorgeschlagene Regelung, ohne zu einer Überforderung des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu führen. Bereits nach der geltenden Fassung des § 2 Abs. 1 AGBG muss der Verwender der anderen Partei die Möglichkeit verschaffen, in **zumutbarer Weise** vom Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Kenntnis zu nehmen. Dieses Zumutbarkeitserfordernis wird durch den

Zusatz, dass der Verwender insoweit auch eine körperliche Behinderung zu berücksichtigen hat, lediglich konkretisiert. Dabei lässt die Formulierung „zu berücksichtigen hat" hinreichend Raum für eine Auslegung im Einzelfall. Aus ihr folgt auch, dass dem Verwender die körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei bei Vertragsschluss erkennbar sein muss, da er diese anderenfalls nicht berücksichtigen kann. Zur Klarstellung sollte das Element der Erkennbarkeit aber auch im Gesetzestext zum Ausdruck gebracht werden, so dass vorgeschlagen wird, in § 305 Abs. 2 BGB-RE die Nummer 2 wie folgt zu fassen:

„2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen,"

Zu Nummer 41 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 305a Nr. 1 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem in der Bitte liegenden Anliegen des Bundesrates zu und schlägt vor, in § 305a BGB-RE den Einleitungssatz wie folgt zu fassen:

„Auch ohne Einhaltung der in § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 bezeichneten Erfordernisse gelten als einbezogen"

und die Nummer 1 zu streichen. Als Folge würden die bisherigen Nummern 2 und 3 die Nummern 1 und 2.

Damit wird zweierlei erreicht: Zum einen wird verdeutlicht, dass auf den materiellen Einbeziehungskonsens, d. h. das Einverständnis des Kunden mit der Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, auch bei den in den neuen Nummern 1 und 2 aufgeführten Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht verzichtet werden soll. Dies ergibt sich daraus, dass wie im geltenden § 23 Abs. 3 AGBG lediglich auf die in § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB-RE bezeichneten Erfordernisse, dagegen nicht auf den gesamten Absatz 2, der im letzten Halbsatz auch das Konsensualprinzip enthält, verwiesen wird. Zum anderen wird die Privilegierung für Verträge der Bausparkassen aufgehoben. Die Bundesregierung stimmt insoweit mit dem Bundesrat überein, dass dem Vertragspartner auch hier die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Bausparbedingungen gegeben werden sollte. Denn zwar dient das Erfordernis der Genehmigung der Allgemeinen Bausparbedingungen nach § 9 des Gesetzes über Bausparkassen inhaltlich dem Schutz des Verbrauchers. Dieser Schutz gilt aber nur für bestimmte Änderungen. Außerdem muss der Verbraucher auch die Möglichkeit haben, vor Vertragsabschluss vom Inhalt überhaupt Kenntnis zu nehmen. Die Verschaffung der Kenntnisnahmemöglichkeit ist den Bausparkassen auch ohne weiteres durch persönliche Aushändigung oder postalische oder elektronische Übersendung der Bedingungen an den Kunden möglich. Die Privilegierung der Bausparkassen ist im Übrigen auch vor dem Hintergrund der Aufhebung der bisherigen Ausnahmebestimmungen zugunsten der Telekommunikationsanbieter und der Versicherungsverträge nicht mehr gerechtfertigt, die zukünftig ebenfalls – auch wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen genehmigt worden sind – die Einbeziehungserfordernisse des § 305 Abs. 2 BGB-RE einhalten müssen. Eine Ausnahme besteht insoweit nur noch für diejenigen Fälle, in denen dies aus technischen Gründen (Briefkästen, Call-by-Call) nicht möglich ist.

Derartige Schwierigkeiten haben die Bausparkassen indessen nicht zu gewärtigen, so dass eine Privilegierung nicht mehr gerechtfertigt ist.

Ähnlich liegt es bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Kapitalanlagegesellschaften. Bei diesen ergibt sich nämlich bereits aus § 19 Abs. 1 Satz 2 KAGG, dass dem Anteilserwerber der Verkaufsprospekt einschließlich der Vertragsbedingungen vor Vertragsschluss auszuhändigen ist. Die Einhaltung des weniger weit gehenden § 305 Abs. 2 BGB-RE kann daher kein praktisches Problem darstellen.

Zu Nummer 42 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 308 Nr. 1 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt.

Zu Nummer 43 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 309 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt.

Zu Nummer 44 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 309 Nr. 4 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt.

Zu Nummer 45 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 309 Nr. 7 Buchstabe a BGB)

Die vom Bundesrat erbetene Prüfung hat zu dem Vorschlag geführt, in § 309 Nr. 7 BGB-RE die Einleitung und den Buchstaben a wie folgt zu fassen:

„7. (Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden)

a) (Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit)
ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen;"

Zu Nummer 46 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 309 Nr. 7 BGB)

Die erbetene Prüfung hat ergeben, dass die Ausnahme von § 309 Nr. 7 BGB-RE hinsichtlich Haftungsbeschränkungen in Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften der Straßenbahnen, Obusse und Kraftfahrzeugen im Linienverkehr mit der Richtlinie 93/13/EWG vereinbar ist, da diese in Artikel 1 Abs. 2 solche Klauseln vom Anwendungsbereich ausnimmt, die „auf bindenden Rechtsvorschriften beruhen". Die in § 309 Nr. 7 BGB-RE ausgenommenen Haftungsbeschränkungen in Beförderungsbedingungen beruhen aber auf der Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. Februar 1970 und damit auf bindenden Rechtsvorschriften im Sinne der Richtlinie. Die Ausnahme von § 309 Nr. 7 BGB-RE greift insoweit auch nur, als von dieser Verordnung nicht zum Nachteil des Fahrgastes abgewichen wird.

Für den Bereich der Haftungsbeschränkungen für staatlich genehmigte Lotterie- und Ausspielverträge ist der Haftungsausschluss in der Nummer 7 Buchstabe a, der lediglich Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit betrifft, nicht relevant. Eine Kollision mit der Nummer 1 Buchstabe a des Richtlinienanhangs kann daher bereits aus tatsächlichen Gründen nicht auftreten. Zur Klarstellung wird indessen vorgeschlagen, die Ausnahme für Haftungsbeschränkungen für staatlich genehmigte Lotterie- und Ausspielverträge auf § 309 Nummer 7 Buchstabe b zu beschränken. Es wird daher folgende Neufassung der Ausnahmebestimmungen in § 309 Nr. 7 BGB-RE vorgeschlagen:

„die Buchstaben a und b gelten nicht für Haftungsbeschränkungen in den nach Maßgabe des Personenbeförderungsgesetzes genehmigten Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften der Straßenbahnen, Obusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr, soweit sie nicht zum Nachteil des Fahrgastes von der Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. Februar 1970 abweichen; Buchstabe b gilt nicht für Haftungsbeschränkungen für staatlich genehmigte Lotterie- und Ausspielverträge, soweit sie dem Schutz des Verwenders und der Mitspieler vor betrügerischen Manipulationen dienen;“

Zu Nummer 47 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 309 Nr. 8 Buchstabe a BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt.

Zu Nummer 48 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 309 Nr. 8 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem in der Prüfbitte zum Ausdruck kommenden Vorschlag des Bundesrates zu und schlägt vor, § 309 Nr. 8 BGB-RE wie folgt zu fassen:

„8. (Sonstige Haftungsausschlüsse bei Pflichtverletzung)

a) (Ausschluss des Rechts, sich vom Vertrag zu lösen) eine Bestimmung, die bei einer vom Verwender zu vertretenden, nicht in einem Mangel der Kaufsache oder des Werks bestehenden Pflichtverletzung das Recht des anderen Vertragsteils, sich vom Vertrag zu lösen, ausschließt oder einschränkt;

dies gilt nicht für die in der Nummer 7 bezeichneten Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften unter den dort genannten Voraussetzungen;

b) (Mängel)
eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen

(im Übrigen unverändert)“

Mit dieser Änderung wird der generelle Ausschluss einer Einschränkung der Haftung auf Schadensersatz in § 309 Nr. 8 Buchstabe a Doppelbuchstabe bb BGB-RE aufgegeben, weil er hinsichtlich der Schadensersatzansprüche wegen eines Mangels im Kauf- und Werkvertrag zu weit geht und im Übrigen durch die §§ 307, 309 Nr. 7 BGB-RE abgedeckt wird und damit überflüssig erscheint: So ist eine Beschränkung der Haftung auf Schadensersatz bei grobem Verschulden oder im Fall der Verletzung des Lebens, der Gesundheit oder des Körpers bereits nach § 309 Nr. 7 BGB-RE unwirksam. Nichts anderes besagt derzeit die Nummer 8 Doppelbuchstabe bb in der zweiten Alternative („oder entgegen der Nummer 7 einschränkt“). Aber auch der vollständige Ausschluss von Schadensersatz ist bei einer – auch leicht fahrlässigen – Verletzung wesentlicher Vertragspflichten gemäß einer gesicherten Rechtsprechungspraxis gemessen am derzeitigen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG (= § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB-RE) unwirksam. Dementsprechend läuft auch die zweite Alternative der Nummer 8 Doppelbuchstabe bb („ausschließt“) leer und kann daher aufgehoben werden.

Des Weiteren soll die Nummer 8 Doppelbuchstabe aa nicht mehr die Ansprüche und Rechte wegen eines Mangels aus §§ 437, 634 BGB-RE erfassen. Für das Rücktritts-, Minderungs- und Nacherfüllungsrecht und deren Freizeichnung soll vielmehr ausschließlich die Nummer 8 Buchstabe b gelten, da nur dieser eine für das Sachmängelrecht passende Regelung enthält. Anderenfalls würden Klauseln, welche die Sachmängelhaftung im Rahmen des nach § 309 Nr. 8 Buchstabe b BGB-RE Zulässigen auf die Nacherfüllung beschränken, trotz ihrer Angemessenheit dem Verbotstatbestand der Nummer 8 Buchstabe a Doppelbuchstabe aa unterfallen, da sie einen vollständigen Ausschluss des Rücktrittsrechts enthalten.

Die vorgeschlagene Beschränkung entspricht dem von Pfeiffer in Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 481 ff., 515 unterbreiteten Vorschlag, auf den der Bundesrat mit seiner Prüfbitte in der Sache zurückgekommen ist.

Zu Nummer 49 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt.

Zu Nummer 50 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 310 Abs. 4 BGB)

Als Ergebnis der erbetenen Prüfung schlägt die Bundesregierung vor, § 310 Abs 4 BGB-RE wie folgt zu fassen:

„(4) Dieser Abschnitt findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen. Bei Arbeitsverträgen sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen; § 305 Abs. 2 und 3 ist nicht anzuwenden. Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen stehen Rechtsvorschriften im Sinne von § 307 Abs. 3 gleich.“

Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass die Bereichsausnahme des Arbeitsrechts hinsichtlich des AGB-Gesetzes im Grundsatz aufzuheben ist. Trotz des Schutzes durch zwingende gesetzliche Vorschriften und kollektive Vereinbarungen besteht auch im Arbeitsrecht ein Bedürfnis nach richterlicher Kontrolle der einseitig vom Arbeitgeber festgesetzten Arbeitsbedingungen; dies ist gerade vor dem Hintergrund des existentiellen Angewiesenseins auf einen Arbeitsplatz von besonderer Bedeutung. Das Fall-Material der Rechtsprechung des BAG zu den Arbeitsvertragsmodalitäten zeigt, dass eine „sich selbst überlassene“ Vertragsfrei-

heit nicht in der Lage war, insgesamt einen ausreichenden Schutz der Arbeitnehmer vor unangemessenen Vertragsbedingungen zu gewährleisten. Das BAG unterzieht daher Arbeitsbedingungen trotz des geltenden § 23 AGBG, der bestimmt, dass das AGB-Gesetz insgesamt auf Arbeitsverträge keine Anwendung findet, einer Inhaltskontrolle. Es legt § 23 Abs. 1 AGBG dabei so aus, dass die Vorschrift nur speziell die Anwendung des AGB-Gesetzes, nicht aber die Vornahme einer AGB-Kontrolle an sich untersage. Das BAG geht deshalb derzeit so vor wie der BGH vor Schaffung des AGB-Gesetzes. Auf der Grundlage von §§ 242 und 315 BGB werden Arbeitsvertragsbedingungen im Prinzip so überprüft, als fände jedenfalls § 9 AGBG auf sie Anwendung. Dabei ist die Rechtsprechung des BAG allerdings nicht einheitlich: Während einzelne Senate arbeitsvertragliche Klauseln sehr streng nach den Maßstäben des AGB-Gesetzes kontrollieren (vgl. BAG, DB 1996, S. 989), tendieren andere Senate des Gerichts in eine andere Richtung, wie eine der jüngsten Entscheidungen zur Frage der Ausschlussfristen bzw. abgekürzten Verjährungsfristen (BAG vom 13. Dezember 2000 – 10 AZR 168/2000) zeigt. Die aus dieser uneinheitlichen Rechtsprechung entstehende Rechtsunsicherheit sollte durch die Streichung der Bereichsausnahme beseitigt werden. Dadurch wird auch dafür gesorgt, dass das Schutzniveau der Vertragsinhaltskontrolle im Arbeitsrecht nicht hinter demjenigen des Zivilrechts zurückbleibt. Allerdings sollten vor allem die besonderen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit im Arbeitsrecht nicht zwingend uneingeschränkt zur Anwendung kommen. Vielmehr sollten hier die besonderen Bedürfnisse eines Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden können.

Die Bereichsausnahme muss allerdings weiterhin für Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen bestehen bleiben. Sie stellen nicht nur ausgehandelte Verträge zwischen den beteiligten Kollektivvertragsparteien dar, sondern enthalten zugleich Rechtsnormen, die unmittelbar und zwingend für die Arbeitsverhältnisse der betriebsangehörigen bzw. tarifgebundenen Arbeitsnehmer gelten (§ 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG, § 4 Abs. 1 Satz TVG). In diesen gewissermaßen „normsetzenden“ Bereich kann und darf eine AGB-Kontrolle nicht eingreifen, da anderenfalls das System der Tarifautonomie konterkariert würde. Des weiteren sind die Erfordernisse des § 305 Abs. 2 und 3 BGB-RE bei Arbeitsverträgen nicht einzuhalten. Insoweit bestimmt nämlich § 2 Abs. 1 Satz 1 des Nachweisgesetzes vom 20. Juli 1995 (BGBl. I S. 946), dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die wesentlichen Vertragsbestimmungen auszuhändigen hat. Dies kann durch einen entsprechenden Hinweis auf die einschlägigen Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen und ähnliche für das Arbeitsverhältnis geltende Regelungen ersetzt werden (§ 2 Abs. 3 des Nachweisgesetzes).

In Satz 3 der vorgeschlagenen Neufassung von § 310 Abs. 4 BGB-RE wird klargestellt, dass Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen Rechtsvorschriften im Sinne § 307 Abs. 3 BGB-RE gleichstehen. Daraus folgt, dass auch Einzelarbeitsverträge, die Bezug auf einen Tarifvertrag nehmen, ohne dass eine beiderseitige Tarifbindung besteht oder die mit Kollektivverträgen übereinstimmen und lediglich deren gesamten Inhalt wiedergeben, ebenfalls nicht der Inhaltskontrolle unterliegen, sondern nur am Transparenzgebot zu messen sind.

Zu Nummer 51 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 12 (§ 310 BGB)

Die Bundesregierung hält es nicht für geboten, die Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die Unternehmen untereinander verwenden, unter den Vorbehalt geringerer Schutzbedürftigkeit der Unternehmen zu stellen. Dass beiderseitige Handelsgeschäfte flexibleren Prüfungskriterien unterliegen als Verbrauchergeschäfte, ergibt sich bereits aus § 310 Abs. 1 BGB-RE. Im Übrigen würde ein Hinweis auf die „Schutzbedürftigkeit“ von Unternehmen nur zusätzliche Rechtsunsicherheit hervorrufen.

Zu Nummer 52 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 311a BGB)

Auf die Ausführung zu Nummer 19 wird Bezug genommen.

Zu Nummer 53 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 311a Abs. 2 BGB)

Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB-RE auch den in der Begründung der Prüfbitte geschilderten Fallkonstellationen angemessen Rechnung trägt. Der Schadensersatzanspruch bei einem anfänglichen Leistungshindernis ist dann nicht gegeben, wenn der Schuldner dieses nicht kennt und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. Durch das Erfordernis des Vertretenmüssens nimmt die Vorschrift auf § 276 BGB-RE Bezug, in dessen Absatz 1 Satz 1 jetzt ausdrücklich die Garantie angesprochen ist. Wenn der Schuldner also eine Garantie für den Bestand einer Forderung übernommen hat, so bedeutet dies, dass er verschuldensunabhängig dafür einstehen will, wenn die Forderung tatsächlich nicht existiert. Er haftet dann nach § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB-RE, weil er seine Unkenntnis von dem Bestand der Forderung wegen der übernommenen Garantie zu vertreten hat.

Zu Nummer 54 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312a Abs. 2 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Anliegen in der Sache zu. Es wird jedoch vorgeschlagen, die Absätze 1 und 2 in § 312a BGB-RE wie folgt zusammenzufassen:

„§ 312a
Verhältnis zu anderen Vorschriften

Unterfällt ein Haustürgeschäft zugleich den Regelungen über Verbraucherdarlehensverträge oder Finanzierungshilfen (§§ 491 bis 504) oder über Teilzeit-Wohnrechteverträge (§§ 481 bis 487), oder erfüllt ein Haustürgeschäft zugleich die Voraussetzungen eines Geschäfts nach §§ 11 oder 15h des Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen, nach § 23 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften oder nach § 4 des Gesetzes zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht, so finden nur die Vorschriften über diese Geschäfte Anwendung.“

Zu Nummer 55 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312b BGB)

Die erbetene Prüfung hat ergeben, dass der bisherige § 1 Abs. 4 FernAbsG überflüssig ist. Diese Vorschrift sollte das sog. Günstigkeitsprinzip absichern. In Ansehung von Informationspflichten ist das Günstigkeitsprinzip aber bereits durch § 2 Abs. 4 FernAbsG abgesichert, der als § 312c

Abs. 4 in das BGB überführt werden soll. Wie z. B. Heinrichs in Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 1 FernAbsG, Rdn. 15 ff. zutreffend ausführt, sind ansonsten keine Fälle ersichtlich, in denen das Widerrufsrecht für Fernabsatzverträge mit anderen Widerrufsrechten konkurriert, so dass das Günstigkeitsprinzip hier eingreifen könnte.

Zu Nummer 56 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312b Abs. 3 Nr. 3 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt.

§ 312b Abs. 3 Nr. 3 BGB-RE soll bewirken, dass die Vorschriften über Fernabsatzverträge, insbesondere die Unterrichtungspflichten (§ 312c BGB-RE) und das Widerrufsrecht (§ 312d BGB-RE) auch für Darlehensvermittlungsverträge gelten, sofern diese „im Fernabsatz“ abgeschlossen werden. Dies wird mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen Formulierung besser zum Ausdruck gebracht.

Zu Nummer 57 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt.

Zu Nummer 58 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312c Abs. 2 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird in der Sache zugestimmt. Allerdings sollte deutlich gemacht werden, dass die Informationen auch nur in dem in § 1 Abs. 2 und 3 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht aufgeführten *Umfang* zur Verfügung zu stellen sind. Es wird daher vorgeschlagen, § 312c Abs. 2 BGB-RE wie folgt zu fassen:

> „(2) Der Unternehmer hat dem Verbraucher die in der Rechtsverordnung nach Artikel 240 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Informationen in dem dort bestimmten Umfang und der dort bestimmten Art und Weise alsbald, spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrags, bei Waren spätestens bei Lieferung an den Verbraucher, auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen.“

Zu Nummer 59 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312d Abs. 2 BGB)

Die Bundesregierung vermag die erbetene Klarstellung nicht zu geben, weil sich das Verhältnis der Belehrung über das Widerrufsrecht zu den Informationspflichten anders darstellt als vom Bundesrat angenommen.

Das Gesetz sieht – wie übrigens auch bisher schon – zwei verschiedene Pflichten vor: Eine Pflicht zur Belehrung über das Widerrufsrecht nach § 355 BGB-RE und eine Pflicht zur Information über die Einzelheiten des Widerrufsrechts nach § 312c BGB-RE. Beide Pflichten verfolgen eine teilweise identische, aber nicht völlig deckungsgleiche Zielsetzung. Sowohl § 355 BGB-RE als auch § 312c Abs. 1 BGB-RE in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 9 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht wollen erreichen, dass dem Verbraucher bewusst gemacht wird, dass er ein Widerrufsrecht für den konkreten Vertrag hat. § 312c Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 1 Abs. 3 Nr. 1 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht will darüber hinaus erreichen, dass dem Verbraucher diese Information vor Abschluss des Vertrags zur Verfügung steht und er auch die genauen Einzelheiten der Ausübung in einer Form mitgeteilt bekommt, die ihm später erlaubt, diese Informationen nachzulesen. §§ 355, 312c BGB-RE verlangen von dem Unternehmen indessen, und darauf zielt die Prüfbitte des Bundesrates ab, nicht, dass er Belehrung und Information über das Widerrufsrecht in zwei getrennten Akten durchführt. Er kann beides vielmehr verbinden. Entscheidend ist nur, dass er beide Pflichten im Ergebnis erfüllt. Wie dies geschieht, steht dem Unternehmer frei.

Zu Nummer 60 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312d Abs. 3 BGB)

Die Prüfung durch die Bundesregierung hat Folgendes ergeben:

Die Bundesregierung möchte ebenso wie der Bundesrat erreichen, dass das Widerrufsrecht bei Dienstleistungen, die im Fernabsatz vereinbart werden, nicht nur nach Ablauf der in § 355 Abs. 3 BGB-RE bestimmten Frist, sondern ggf. auch sofort erlischt. Das ist dann der Fall, wenn die Dienstleistung mit Zustimmung des Verbrauchers sofort erbracht oder von ihm selbst veranlasst wird. Dies regelt § 312d Abs. 3 BGB-RE. Die Bundesregierung ist zwar der Meinung, dass diese Vorschrift das Gewollte hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt. Um jeden Zweifel auszuräumen, schlägt die Bundesregierung aber vor, den Verweis auf § 355 Abs. 3 BGB-RE in § 312d Abs. 3 BGB-RE durch das Wort „auch“ zu ersetzen. Damit wird einerseits klargestellt, dass das Widerrufsrecht *sowohl* vor Ablauf der 2-Wochen-Frist des § 355 Abs. 1 BGB-RE *als auch* der 6-Monats-Frist des § 355 Abs. 3 BGB-RE erlischt, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers begonnen oder der Verbraucher die Ausführung selbst veranlasst hat. Andererseits wird durch die Einfügung des Wortes „auch“ der Trugschluss vermieden, als gälte § 355 Abs. 3 BGB-RE bei Dienstleistungen im Fernabsatz nicht. § 312d Abs. 3 BGB-RE ist daher wie folgt zu fassen:

> „(3) Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung auch, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Verbraucher diese selbst veranlasst hat.“

Zu Nummer 61 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312d Abs. 3 BGB)

Die Bundesregierung vermag sich dem Vorschlag nicht anzuschließen. Auf das Erfordernis einer „ausdrücklichen“ Zustimmung zur Durchführung der Dienstleistung kann zum Schutze des Verbrauchers in § 312d Abs. 3 BGB-RE nicht verzichtet werden. Unter den Voraussetzungen des § 312d Abs. 3 RE verliert der Verbraucher nämlich sein Widerrufsrecht unabhängig davon, ob er hierüber hinreichend belehrt worden ist oder ob der Unternehmer seinen übrigen Informationspflichten nachgekommen ist. Diese – den Verbraucher erheblich benachteiligende Rechtsfolge – kann nur hingenommen werden, wenn sich der Verbraucher *ausdrücklich* mit der Durchführung der Dienstleistung vor Ablauf der Widerrufsfrist einverstanden erklärt hat. Anderen-

falls besteht die Gefahr, dass der Verbraucher allein dadurch, dass er der sofortigen Durchführung der Dienstleistung nicht widerspricht, sondern den Unternehmer „gewähren“ lässt, sein Widerrufsrecht verliert. Dies ist nicht hinzunehmen, zumal das Widerrufsrecht auch dann erlischt, wenn der Verbraucher von dieser Rechtsfolge nichts gewusst hat.

Zu Nummer 62 Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB)

Die Prüfung durch die Bundesregierung hat dazu geführt, dass vorgeschlagen wird, in § 312e Abs. 1 Satz 1 BGB-RE die Nummer 4 wie folgt zu fassen:

„4. die Möglichkeit zu verschaffen, die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern.“

Zu Nummer 63 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312e Abs. 1 Satz 2 BGB)

Die Prüfung durch die Bundesregierung hat ergeben, dass der Satz 2 in § 312e Abs. 1 BGB-RE zur Umsetzung der Richtlinie – jedenfalls zur Klarstellung – erforderlich ist und auch nicht in § 130 BGB eingestellt werden sollte.

Auf eine ausdrückliche Regelung zur Umsetzung des Artikels 11 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich der E-Commerce-Richtlinie könnte nur verzichtet werden, wenn es eine gefestigte Rechtsprechung zu der dort geregelten Frage des Zugangs elektronischer Willenserklärungen und Informationen gäbe. Das ist nicht der Fall. Zwar ist im deutschen Recht anerkannt, dass eine Willenserklärung unter Abwesenden im Sinne von § 130 BGB dann als zugegangen gilt, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Umständen die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Dies gilt aber nur für Willenserklärungen und geschäftsähnliche Erklärungen, nicht aber für den Zugang von Informationen, um den es in der genannten Richtlinienvorschrift auch geht. Vor allem ist in der deutschen Rechtsprechung bisher die Frage nicht behandelt, ob Zugang mit der Möglichkeit des Abrufs anzunehmen ist.

Eine Regelung in § 130 BGB käme nur in Betracht, wenn es sich um eine Regelung handelt, die generell zur Anwendung kommen könnte. Das ist indessen nicht der Fall. Die Regelung ist auf elektronische Willenserklärungen im elektronischen Geschäftsverkehr zugeschnitten und deshalb in dem Regelungskontext vorzusehen, wo sie am ehestens erwartet werden kann. Das ist § 312e BGB-RE. Dies ist für den Rechtsanwender einfacher und übersichtlicher, da ihm ein Blick in § 312e BGB-RE genügt, um sich über die Besonderheiten bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr zu informieren. Ferner wird der Rechtsanwender in aller Regel nicht auf den Gedanken kommen, dass sich eine weitere Sonderregelung zu Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr an einer anderen Stelle im Bürgerlichen Gesetzbuch findet. Hinzukommt, dass der derzeitige § 130 BGB – jedenfalls in seinem Absatz 1 – dispositiv ist. Die Regelung über die Zugangsfiktion in Artikel 11 Abs. 1, 2. Spiegelstrich der E-Commerce-Richtlinie ist dagegen bei Verbraucherverträgen im elektronischen Geschäftsverkehr zu Lasten des Verbrauchers nicht abdingbar. Dies lässt sich gesetzestechnisch besser und auch systematisch richtiger in den §§ 312e, 312f BGB-RE regeln.

Zu Nummer 64 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 312e Abs. 2 Nr. 2 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt. Es wird daher vorgeschlagen, § 312e Abs. 2 BGB-RE wie folgt zu fassen:

„(2) Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 findet keine Anwendung, wenn

1. der Vertrag ausschließlich durch individuelle Kommunikation geschlossen wird oder
2. zwischen Vertragsparteien, die nicht Verbraucher sind, etwas anderes vereinbart ist.“

Zu Nummer 65 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 13 (§ 314 Abs. 2 BGB)

Die Bitte um Klarstellung hat sich mit der weiter unten (zu Nummer 67) vorgesehenen Integrierung des § 324 BGB-RE in § 323 BGB-RE erledigt. Da damit der Rücktritt für alle Pflichtverletzungsarten einheitlich von einer Fristsetzung bzw. Abmahnung abhängig ist, entspricht dies der Konzeption des § 314 Abs. 2 BGB-RE. Ein Klarstellungsbedarf mit Blick auf den Sondertatbestand der Verletzung einer „sonstigen Pflicht“ besteht nicht mehr.

Zu Nummer 66 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 15 (§§ 323, 326 BGB)

Nach Ansicht der Bundesregierung sollte der Regelungsvorschlag im weiteren Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens in der Sache ernsthaft erwogen werden, indessen nicht in der redaktionellen Gestaltung und in der Frage des Standorts. Der Vorschlag spricht das Verhältnis des § 323 zu § 326 BGB-RE an. Die Bundesregierung ist – insoweit dem Vorschlag grundsätzlich folgend – der Auffassung, dass es auch bei einer Leistungsbefreiung des Schuldners nach § 275 Abs. 1 oder 2 BGB-RE neben der Befreiung des Gläubigers von der Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung nach § 326 BGB-RE zumindest bestimmte Fälle geben muss, in denen der Gläubiger von dem Vertrag zurücktreten kann. Das betrifft jedenfalls die in dem Vorschlag des Bundesrates angesprochene Schlechtleistung. Auch darüber hinaus sollte die Möglichkeit des Rücktritts dem Gläubiger aber stets eröffnet werden. Es entspricht dessen berechtigten Interessen, dass er auch bei Vorliegen eines nach § 275 Abs. 1 oder 2 BGB-RE beachtlichen Leistungshindernisses die Möglichkeit hat, die Rückabwicklung des Vertrags zu erreichen – wie dies auch etwa § 325 BGB im geltenden Recht vorsieht. Dabei spielt ein praktisches Argument eine wichtige Rolle: Häufig wird der Gläubiger zwar feststellen, dass die Leistung durch den Schuldner ausbleibt, den Grund hierfür aber nicht kennen. Das Leistungsstörungsrecht sollte deshalb für den Gläubiger die Möglichkeit des Rücktritts unabhängig von dem Grund der Nichtleistung vorsehen. Das kann durch die gesetzliche Klarstellung erreicht werden, dass § 323 BGB-RE auch im Fall des § 275 Abs. 1 oder 2 BGB-RE anzuwenden ist. Diese Regelung sollte allerdings nicht in § 323 BGB-RE aufgenommen werden. Nach der Systematik der §§ 323 bis 326 BGB-RE setzt diese Vorschrift nämlich die Nachholbarkeit der Leistung

voraus, weil nur dann eine „fällige Leistung“ angenommen werden kann und weil nur dann die Fristsetzung als Grundvoraussetzung des Rücktrittsrechts einen Sinn macht. Der zutreffende Standort wäre vielmehr § 326 Abs. 1 BGB-RE. Ein Verweis auf § 323 BGB-RE hat dann zur Folge, dass der Gläubiger jedenfalls immer nach dieser Vorschrift zurücktreten kann, ohne sich Gedanken über die Frage machen zu müssen, ob Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. Wenn er sicher gehen will, setzt er eine angemessene Frist und tritt nach deren erfolglosem Ablauf von dem Vertrag zurück. Steht die Unmöglichkeit bereits vor Fristsetzung fest, so kann der Gläubiger – unabhängig von seiner Befreiung von der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB-RE – auch ohne Fristsetzung zurücktreten, weil letztere gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB-RE entbehrlich ist. Mit einer solchen Verweisung könnte § 326 Abs. 1 BGB-RE folgende Fassung erhalten:

„(1) Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 oder 2 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung; bei einer Teilleistung findet § 441 Abs. 3 entsprechende Anwendung. Satz 1 gilt nicht im Fall der nicht vertragsgemäßen Leistung. In den Fällen der Sätze 1 und 2 kann der Gläubiger zurücktreten; auf den Rücktritt findet § 323 entsprechende Anwendung.“

Zu Nummer 67 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 15 (§§ 323, 324 BGB)

Die Anregung sollte nach Ansicht der Bundesregierung aus denselben Gründen aufgegriffen werden, die bereits zu der Zusammenführung der §§ 281 und 282 BGB-RE ausgeführt wurden. Auch § 324 BGB-RE könnte gestrichen und in § 323 BGB-RE nach Absatz 2 folgender Absatz eingefügt werden, wodurch sich die nachfolgenden Absätze entsprechend verschieben:

„(3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an die Stelle einer erforderlichen Fristsetzung eine Abmahnung.“

Zu Nummer 68 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 15 (§ 326 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Die Bundesregierung ist auch nach ergänzender Prüfung der Auffassung, dass an der Formulierung des Regierungsentwurfs festgehalten werden sollte. Sie übernimmt wörtlich den geltenden § 324 Abs. 1 Satz 2 BGB. Da auch der Vorschlag des Bundesrates an der geltenden Rechtslage insoweit nichts ändern will, erscheint – auch zur Vermeidung von Missverständnissen – eine Änderung in der Formulierung nicht angezeigt.

Zu Nummer 69 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 19 (§ 346 Abs. 1 BGB)

Die Bundesregierung stimmt diesem Vorschlag zu.

Zu Nummer 70 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 19 (§ 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB)

Die Bundesregierung stimmt diesem Vorschlag der Idee nach zu. Allerdings sollte die Angleichung des Sprachgebrauchs nicht in § 346 BGB-RE, sondern in § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB-RE erfolgen. Dort sollte der Ausdruck „Wertminderung“ durch den Ausdruck „Verschlechterung“ ersetzt werden, um eine sprachliche Anpassung an das in § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB-RE verwendete Verb „verschlechtern“ zu erreichen.

Zu Nummer 71 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 19 (§ 346 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 72 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 355 Abs. 1 Satz 1 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt.

Zu Nummer 73 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 355 Abs. 3 BGB)

Die Bundesregierung vermag dem Vorschlag nicht zu folgen.

§ 355 Abs. 3 BGB-RE soll die Regelungen zum Lauf der Widerrufsfrist bei ausgebliebener oder fehlerhafter Belehrung oder Information vereinheitlichen, um die Rechtslage im Interesse des Rechtsverkehrs übersichtlich zu gestalten. Da die Regelungen für Haustürgeschäfte und für Verbraucherdarlehensverträge zum Teil deutlich länger sind als die 4 Monate, die bisher für Fernabsatzverträge vorgesehen sind, ist eine Vereinheitlichung nur auf der Grundlage einer Frist von mindestens 6 Monaten zu erreichen. Im Übrigen gilt diese Frist auch nur für Unternehmer, die ihre gesetzlichen Pflichten zu Belehrung und Information des Verbrauchers nicht einhalten. Deshalb ist diese leichte Verlängerung der Frist auch zumutbar.

Zu Nummer 74 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 356 Abs. 2 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird mit der Maßgabe zugestimmt, dass der vorgeschlagene Zusatz „im Inland“ gestrichen wird. Der Zusatz würde nämlich zu einer Benachteiligung ausländischer Unternehmer führen, die ihre Waren und Dienstleistungen in der Bundesrepublik Deutschland im Fernabsatz anbieten und die über keine Filiale im Inland verfügen, an die zurückzugebene Sachen gesandt werden können. Der Verbraucher bräuchte nämlich in diesen Fällen regelmäßig die Sache nicht selbst zurückzusenden. Dies würde zu einem erheblichen Mehraufwand auf der Seite des ausländischen Unternehmers führen, der den Rückversand selbst organisieren, d. h. die Sachen von jedem Verbraucher abholen lassen müsste. Dagegen müsste ein Unternehmer mit Sitz im Inland die Sache nur in Ausnahmefällen, nämlich dann, wenn diese nicht als Paket, sondern nur mit einer Spedition versandt werden kann, selbst zurücktransportieren lassen. Er wäre mithin gegenüber dem ausländischen Unternehmer im Wettbewerbsvorteil. Dies ist europarechtlich nicht zulässig. Im Übrigen sollte das Wort „nur“ im Gesetzestext des § 356 Abs. 2 BGB-RE erhalten bleiben, um deutlich zu machen, dass der Verbraucher das Rückgaberecht nur ausnahmsweise durch Rücknahmeverlangen ausüben kann. Es wird daher vorgeschlagen, § 356 Abs. 2 BGB-RE wie folgt zu fassen:

„(2) Das Rückgaberecht kann innerhalb der Widerrufsfrist, die jedoch nicht vor Erhalt der Sache beginnt, und nur durch Rücksendung der Sache oder, wenn die Sache nicht als Paket versandt werden kann, durch

Rücknahmeverlangen ausgeübt werden. § 355 Abs. 1 Satz 2 findet entsprechende Anwendung.“

Zu Nummer 75 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 357 Abs. 2 Satz 1 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird inhaltlich zugestimmt.

Zu Nummer 76 bis 79 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 357 Abs. 3 BGB)

Die erbetene Prüfung führt die Bundesregierung zu dem Vorschlag, § 357 Abs. 3 BGB-RE insgesamt wie folgt neu zu fassen (die vorgeschlagene Neufassung berücksichtigt zugleich den Änderungsantrag zu Nummer 70):

„(3) Der Verbraucher hat abweichend von § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung zu leisten, wenn er

1. spätestens bei Vertragsschluss und schriftlich oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger auf diese Rechtsfolge und
2. eine Möglichkeit hingewiesen worden ist, sie zu vermeiden.

Dies gilt nicht, wenn die Verschlechterung ausschließlich auf die Prüfung der Sache zurückzuführen ist. § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 findet keine Anwendung, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt worden ist oder hiervon anderweitig Kenntnis erlangt hat.“

§ 357 Abs. 3 BGB-RE ist entgegen den in der Prüfbitte zu Nummer 76 zum Ausdruck kommenden Zweifeln des Bundesrates in der Sache eine Abweichung von § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB-RE. Daraus folgt nicht, dass der Verbraucher, der den Vertrag widerrufen hat, bereits mit Ingebrauchnahme der Sache zum Wertersatz verpflichtet wäre und nicht mehr die Möglichkeit hätte, die Sache zurückzugeben. Gemäß § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB-RE hat der Schuldner nämlich nur Wertersatz zu leisten, *soweit* sich der empfangene Gegenstand verschlechtert hat. Im Übrigen kann und muss er gemäß § 346 Abs. 1 BGB-RE den empfangenen Gegenstand zurückgewähren. Die Verweisung auf § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB-RE ist, wie der Bundesrat in den Prüfbitten Nummern 77 und 78 zu Recht bemerkt hat, nicht zutreffend. Es sollte eine Volltextregelung aufgenommen werden. Dem Vorschlag zu Nummer 79 wird zugestimmt.

Zu Nummer 80 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 358 Abs. 2 Satz 1 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt.

Zu Nummer 81 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 358 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Die Bundesregierung teilt auf die Prüfbitte in Ergänzung der Entwurfsbegründung Folgendes mit: Die Vorschrift des § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB-RE entspricht dem bereits nach der bisherigen Rechtslage geltenden Grundsatz, dass bei finanzierten Verträgen das Widerrufsrecht des finanzierten Vertrags dem Widerrufsrecht des Verbraucherdarlehensvertrags vorgeht. Dieser Grundsatz findet sich derzeit nicht nur in § 8 Abs. 2 VerbrKrG im Hinblick auf Fernabsatzverträge, sondern auch in § 7 Abs. 4 Satz 2 VerbrKrG im Hinblick auf Teilzeitwohnrechteverträge. Er ist auch sachgerecht und sollte deshalb in der vereinheitlichten Vorschrift des § 358 Abs. 2 BGB-RE beibehalten werden, da auf diese Weise eine Konkurrenz von Widerrufsrechten – wie nach geltender Rechtslage – vermieden wird. Allerdings ist dem Bundesrat zuzugeben, dass § 358 Abs. 2 BGB-RE so verstanden werden kann, dass der Verbraucher zu einem doppelten Widerruf gezwungen sein kann, wenn er den Darlehensvertrag widerruft, obwohl er nach der Regelung das finanzierte Geschäft widerrufen muss. Dem kann durch eine Fiktion folgenden Inhalts begegnet werden, die § 358 Abs. 2 BGB-RE angefügt werden sollte:

„Der Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrags gilt als Widerruf des verbundenen Vertrags gemäß Absatz 1.“

Zu Nummer 82 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 358 Abs. 4 Satz 3 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt.

Zu Nummer 83 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 26 (§ 359 Satz 2 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt.

Zu Nummer 84 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 29 (§ 425 Abs. 2 BGB)

Die Bundesregierung ist auch nach ergänzender Prüfung der Auffassung, dass eine Anpassung der Formulierung in § 425 Abs. 2 BGB nicht erforderlich ist. Dort werden nur beispielhaft („insbesondere“) die Umstände aufgezählt, die nach § 425 Abs. 1 BGB Einzelwirkung haben. Wenn dort von „Unmöglichkeit der Leistung“ die Rede ist, so ist selbstverständlich, dass für die Einrede aus § 275 Abs. 2 BGB-RE nichts anderes gelten kann. Im Übrigen werden in § 275 Abs. 2 BGB-RE nur die Fälle geregelt, die bislang als Unterfälle der Unmöglichkeit behandelt wurden. Auch § 275 Abs. 2 BGB-RE bezeichnet deshalb einen Fall der Unmöglichkeit, der nur in den Rechtsfolgen (Einrede) besonders behandelt wird.

Zu Nummer 85 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 434 Abs. 1 Satz 3)

Die Bundesregierung kann sich diesem Vorschlag nicht anschließen. Auf eine inhaltliche Bestimmung des Herstellerbegriffs kann nicht vollständig verzichtet werden, weil Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe d der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auch Personen unter den Herstellerbegriff fasst, die ihm nach dem Wortsinn nicht ohne weiteres unterfallen würden (etwa den Importeur für das Gebiet der Gemeinschaft). Möglicherweise käme der Rechtsanwender über eine richtlinienkonforme Auslegung zu dem von der Richtlinie vorgegebenen Ergebnis; um Unsicherheiten auszuschließen, sollte das Kaufrecht aber auf eine inhaltliche Umschreibung des Herstellerbegriffs nicht verzichten. Diese nimmt § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB-RE durch eine Bezugnahme auf § 4 Abs. 1 und 2 des ProdHaftG vor. Das dient zum einen dazu, die wünschenswerte Einheitlichkeit bei der inhaltlichen Bestimmung des Herstellerbegriffs zu erreichen. Zum anderen soll dadurch eine weitgehende Wiederholung der (durchaus längeren) Definition im Kaufrecht vermieden werden, was

nicht der Übersichtlichkeit des § 434 BGB-RE dienen würde. Es ist richtig, dass § 4 Abs. 1 ProdHaftG anders als Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe d der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auch den Hersteller von Grundstoffen und Teilprodukten einbezieht. Diese daraus folgende geringfügige Erweiterung des Herstellerbegriffs in § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB-RE gegenüber der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist aber nach Auffassung der Bundesregierung gerechtfertigt. Es geht hier ausschließlich um die Zurechnung von Werbeaussagen. Falls tatsächlich der in der Praxis wohl eher seltene Fall eintreten sollte, dass der Hersteller eines Grundstoffs oder Teilprodukts in einer die Kaufentscheidung hinsichtlich des Endprodukts beeinflussbaren Weise Werbeaussagen vornimmt, so sollten diese Äußerungen nicht anders als die Werbeaussagen des Herstellers des Endprodukts behandelt werden, weil sie dem Händler wegen des Einflusses auf die Kaufentscheidung des Verbrauchers in gleicher Weise zugute kommen.

Zu Nummer 86 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 434 Abs. 1 Satz 3 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu. Sie verbindet hiermit allerdings die Erwartung, dass die Berichtigung von Werbeaussagen in ähnlicher Weise gehandhabt wird wie z. B. die Berichtigung fehlerhafter Pressemeldungen. Die Berichtigung einer fehlerhaften Werbeaussage kann nach Auffassung der Bundesregierung nur dann zum Ausschluss von Mängelansprüchen führen, wenn sie ähnlich effizient ist wie die fehlerhafte Werbeaussage selbst. Es wird also beispielsweise zu fordern sein, dass sie mit dem selben oder einem vergleichbar wirksamen Medium und in einer vergleichbar deutlichen Aufmachung erfolgt. Dementsprechend wäre es etwa als unzureichend anzusehen, wenn eine groß angelegte fehlerhafte Plakatwerbung durch eine eher unauffällige Anzeige in einer Tageszeitung berichtigt würde.

Zu Nummer 87 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 437 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 88 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 437 Nr. 3, § 439 Abs. 2 BGB)

Die Bundesregierung hält auch nach ergänzender Prüfung an der Konzeption des Entwurfs fest. Die Prüfbitte geht von unrichtigen Voraussetzungen aus. Die Kosten der Rückabwicklung des Vertrags nach Wandelung fallen im geltenden Recht nicht unter § 467 Satz 2 BGB. Danach hat der Verkäufer dem Käufer die Vertragskosten zu ersetzen. Das sind aber keinesfalls die Kosten der Rückabwicklung, wie der BGH in der zitierten Entscheidung (BGHZ 87, 104) gerade ausdrücklich klargestellt hat. Vielmehr hat der BGH als Erfüllungsort für die Rückgewährpflichten den Ort angenommen, an dem sich die Sache zur Zeit vertragsgemäß befindet. Deshalb ist der Verkäufer verpflichtet, die Sache bei dem Käufer abzuholen, im Streitfall z. B. das mit den gekauften Ziegeln gedeckte Dach abzudecken. Die Kosten, die dem Käufer für das von ihm selbst vorgenommene Abdecken entstanden sind, kann er nach Verzugsgrundsätzen aus § 286 Abs. 1 BGB, künftig aus § 280 Abs. 1 BGB-RE unter den dort genannten Voraussetzungen ersetzt verlangen. Insoweit führt der Entwurf nicht zu einer Änderung der Rechtslage, da auch derzeit nach § 286 Abs. 1 BGB der Anspruch auf Ersatz der Kosten der Rückabwicklung nur dann besteht, wenn der Verkäufer die Nicht-Rücknahme der Sache zu vertreten hat; mit § 467 Satz 2 BGB hat dies nichts zu tun.

Zu Nummer 89 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 438 Abs. 3 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu.

Zu Nummer 90 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 438 Abs. 3 Satz 2 – neu – BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu.

Zu Nummer 91 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 438 Abs. 3a – neu – BGB)

Die Bundesregierung ist mit dem Bundesrat der Meinung, dass sichergestellt werden sollte, dass für den Erwerb neuer Bauwerke – wie bisher – eine Verjährungsfrist von 5 Jahren gilt. Sie meint aber, dass dieses Ziel auf einem anderen technischen Wege besser erreicht werden kann. Die Schwierigkeit des vom Bundesrat vorgeschlagenen Wegs besteht in der Feststellung, worin eine Fertigstellung bestehen soll, mit der die vorgeschlagene Verjährungsfrist beginnen soll. Dies lässt sich vermeiden, indem § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB-RE wie folgt gefasst wird:

„2. in fünf Jahren

a) bei einem Bauwerk und

b) bei einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat,“

Die Bundesregierung kommt nach ergänzender Prüfung zu dem Schluss, dass die Vorschrift noch konsequenter ausgestaltet werden könnte. Es wäre überzeugender, wenn nicht nur demjenigen, der Baumaterial kauft, eine fünfjährige Verjährungsfrist für seine Mängelansprüche zusteht, sondern auch demjenigen, der ein mit dem Baumaterial geschaffenes Bauwerk kauft. Mit obigem Vorschlag wird ein verjährungsrechtlicher Gleichklang zwischen der kaufrechtlichen und der werkvertraglichen Verjährung für Mängelansprüche bei Bauwerken erzeugt. Der Rechtsprechung wird damit einerseits die notwendige Flexibilität gewährt, andererseits muss sie nicht auf Lösungen ausweichen, die der Bundesrat als „contra legem“ bewertet. So kann die Rechtsprechung auch künftig diejenigen Bauträgerverträge, bei denen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses das Bauwerk noch nicht errichtet ist, als typengemischte Verträge ansehen: Wegen der Zukunftsbezogenheit hinsichtlich des zu errichtenden Bauwerks mit einer werkvertraglichen Seite und hinsichtlich des zu übereignenden Grundstücks mit einer kaufvertraglichen Seite. Ist hingegen das Bauwerk im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits errichtet, kann die Rechtsprechung die Verträge dann auch ohne verjährungsrechtliche Nachteile auf Seiten des Erwerbers als Kaufverträge behandeln. Der Vorschlag der Bundesregierung sieht keine Einschränkung auf den Kauf „neu hergestellter“ Bau-

werke vor. Beim Kauf von Baumaterial unterscheidet § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB-RE nicht danach, ob das Baumaterial neu oder gebraucht ist. Auch hier wäre ein Wertungswiderspruch zu besorgen, würde dem Käufer von gebrauchtem Baumaterial eine fünfjährige Verjährungsfrist für seine Mängelansprüche eingeräumt, dem Käufer eines „gebrauchten“ Hauses hingegen nur eine zweijährige Frist.

Relevant wird die Unterscheidung zwischen „gebrauchten“ und „neu hergestellten“ Bauwerken im Rahmen des Ausschlusses von Mängelansprüchen und der Verjährungserleichterung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die Klauselverbote des § 309 Nr. 8 Buchstabe b BGB-RE beziehen sich nur auf „Verträge über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen“. Bei „gebrauchten“ Bauwerken können daher – wie bisher – die kaufrechtlichen Mängelansprüche nach § 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe aa BGB-RE insgesamt ausgeschlossen werden, sofern dies nicht sonstigen Klauselverboten (etwa § 309 Nr. 7 BGB-RE) oder der Generalklausel des § 307 BGB-RE widerspricht. Bei neu hergestellten Bauwerken hingegen ist dies nicht zulässig und die Verjährung für die Mängelansprüche kann nach § 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe ff BGB-RE auch nicht erleichtert werden, da dieser u. a. auf die Vorschrift des § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB-RE Bezug nimmt, in die nach dem Vorschlag der Bundesregierung der Fall des Kaufs von Bauwerken integriert werden soll.

Soweit die Rechtsprechung im Werkvertragsrecht die Anwendung der für Bauwerke geltenden fünfjährigen Verjährungsfrist des bisherigen § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB (künftig § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB-RE) über neu errichtete Bauwerke hinaus ausdehnt auf Erneuerungs- und Umbauarbeiten an einem bereits errichteten Bauwerk, wenn sie für Konstruktion, Bestand, Erhaltung oder Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind (Palandt/Sprau, BGB, 60. Aufl. 2001, § 638 Rdn. 11), kann sie in den kaufvertraglichen Parallelfällen, in denen Altbauten verkauft werden, die zuvor durch die vorgenannten Erneuerungs- und Umbauarbeiten saniert wurden, gleichfalls einen der Neuherstellung vergleichbaren Zustand annehmen und § 309 Nr. 8 Buchstabe b BGB-RE entsprechend anwenden (vgl. BGHZ 100, 391 zur Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistung beim Erwerb von umfassend sanierten Altbauten).

Soweit der Vorschlag der Bundesregierung darauf verzichtet, in § 438 Abs. 1 BGB-RE zwischen „neu hergestellten“ und „gebrauchten“ Bauwerken zu unterscheiden, kann es auch keine Einschränkung auf die Fälle des „erstmaligen“ Verkaufs geben. Auch im Rahmen des § 309 Nr. 8 Buchstabe b BGB-RE ist ein triftiger Grund für eine solche Einschränkung nicht ersichtlich. Der Käufer eines neu hergestellten Bauwerks kann erwarten, dass ihm seine Mängelansprüche ungekürzt zur Verfügung stehen. Er weiß auch oftmals nicht, ob der Voreigentümer das Grundstück, auf dem sich das Bauwerk befindet, vor oder nach der Fertigstellung des Bauwerks erworben hat. Zudem würde eine solche Einschränkung erhebliche Missbrauchsgefahren bergen. So könnte beispielsweise die eine Konzerngesellschaft das Bauwerk herstellen, um es sodann an die andere Konzerngesellschaft zu verkaufen, die es dann an den Zweitkäufer unter Ausschluss der Mängelansprüche weiterverkauft.

Verjährungsbeginn der Mängelansprüche beim Kauf von Bauwerken ist nach § 438 Abs. 2 BGB-RE die Übergabe des Grundstücks, da das Bauwerk ein wesentlicher Grundstücksbestandteil ist (§ 94 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Zu Nummer 92 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 438 Abs. 4 Satz 2 – neu – BGB)

Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundesrates, dass im Gesetz ausgesprochen werden sollte, dass der Käufer, wenn er von seiner Rücktrittseinrede Gebrauch macht, die Kaufsache dem Verkäufer zurückzugewähren hat. Die Ergänzung sollte aber auch Fälle berücksichtigen, in denen der Käufer bereits einen Teil des Kaufpreises geleistet hat. Dann wäre es umgekehrt nicht gerechtfertigt, wenn der Verkäufer mit dem Vorschlag des Bundesrates die Kaufsache zurückerlangt, aber seinerseits nicht verpflichtet wäre, die geleistete Anzahlung zurückzuzahlen. Die Bundesregierung ist daher der Ansicht, dass bei Geltendmachung der Rücktrittseinrede dem Verkäufer das Recht zustehen sollte, vom Vertrag zurückzutreten und dass dies in einem neuen Satz 2 des § 438 Abs. 4 BGB-RE ausgesprochen werden sollte. Auch im Rahmen des bisherigen § 478 Abs. 1 Satz 1 BGB wird davon ausgegangen, dass bei Geltendmachung der Mängeleinrede die Parteien so zu stellen sind, als habe eine Wandelung stattgefunden (Palandt/Putzo BGB, 60. Aufl. 2001, § 478 Rdn. 7). Mit dem Rücktrittsrecht wird man beiden Fallkonstellationen gerecht: Ist der Kaufpreis noch nicht gezahlt worden, muss der Käufer nach dem Rücktritt des Verkäufers die Kaufsache zurückgewähren. Ist der Kaufpreis teilweise gezahlt worden, muss der Käufer nach dem Rücktritt des Verkäufers die Kaufsache gleichfalls zurückgeben, im Gegenzug hat aber der Verkäufer die geleistete Teilzahlung zurückzuzahlen. Hinsichtlich der Teilzahlungsfälle ist noch darauf hinzuweisen, dass die Rücktrittseinrede des Käufers keinen Anspruch auf Rückgewähr der Teilzahlung gibt. Insoweit muss der Käufer die Konsequenzen tragen, dass er seine Mängelansprüche hat verjähren lassen (siehe Palandt/Putzo, BGB, 60. Aufl. 2001, § 478 Rdn. 7 zur geltenden Rechtslage). Der Rückgewährsanspruch entsteht erst, wenn der Verkäufer entsprechend dem von der Bundesregierung vorgeschlagenen neuen Satz 2 des § 438 Abs. 4 BGB-RE vom Vertrag zurücktritt. Der Verkäufer kann zurücktreten, muss es aber nicht, was insbesondere dann von Bedeutung ist, wenn es für ihn günstiger ist, auf den restlichen Kaufpreis zu verzichten, als nach Rücktritt die Teilzahlung zurückzahlen zu müssen und dafür lediglich die mangelhafte Kaufsache wiederzuerlangen. Folgeänderung des Vorschlags der Bundesregierung ist, dass der Verweis in § 441 Abs. 5 BGB-RE dahin anzupassen ist, dass lediglich auf § 438 Abs. 4 Satz 1 BGB-RE verwiesen wird. Das in dem von der Bundesregierung vorgeschlagenen neuen Satz 2 des § 438 Abs. 4 BGB-RE dem Verkäufer eingeräumte Rücktrittsrecht kann dann nicht zu Anwendung kommen, wenn der Käufer lediglich die Minderungseinrede erhebt, also die Kaufsache gerade behalten will.

Zusammenfassend lautet der Vorschlag der Bundesregierung wie folgt:

1. In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 438 ist Absatz 4 folgender Satz anzufügen:

   „Macht er von diesem Recht Gebrauch, kann der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten.“

2. In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 § 441 Abs. 5 ist die Angabe „438 Abs. 4“ durch die Angabe „438 Abs. 4 Satz 1“ zu ersetzen.

Zu Nummer 93 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 438 BGB), Nr. 38 (§ 634a BGB)

Die Bundesregierung ist der Ansicht, dass die verjährungsrechtliche Konzeption des Gesetzentwurfs im Kauf- und Werkvertragsrecht auch hinsichtlich anfänglicher unbehebbarer Sach- und Rechtsmängel keiner Änderung bedarf.

Soweit ein Ausschluss der Leistungspflicht vorliegt, beispielsweise im Falle eines anfänglichen unbehebbaren Sach- oder Rechtsmangels, ist zu beachten, dass § 275 Abs. 1 und 2 BGB-RE eine schuldnerbegünstigende Vorschrift ist, da sie den Schuldner – ohne Rücksicht auf das Vertretenmüssen – von seiner Leistungspflicht befreit. Es besteht daher kein Anlass, dem Schuldner die Verjährungswirkungen nur deshalb vorzuenthalten, weil die Leistung nach § 275 Abs. 1 BGB-RE unmöglich geworden oder das Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 BGB-RE entstanden ist. Daraus ergibt sich, dass der Rücktritt nach § 218 Abs. 1 BGB-RE auch dann unwirksam ist, wenn der Nacherfüllungsanspruch bei Hinwegdenken von dessen Unmöglichkeit verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft. Entsprechendes gilt für die kauf- und werkvertragsrechtliche Minderung.

Zu Nummer 94 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 439 Abs. 3 Satz 1 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 95 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 439 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB)

Die Bundesregierung folgt dem Verständnis des Bundesrates von den Einredevoraussetzungen nach § 439 Abs. 3 Satz 1 BGB-RE. Aus der Begründung des Regierungsentwurfs ergibt sich lediglich, dass bei einem Händler ohne eigene Reparaturwerkstatt die Annahme unverhältnismäßiger Kosten eher nahe liegt, als wenn ein Händler über eigene Reparaturmöglichkeiten verfügt. Letztlich ist die Anwendung des § 439 Abs. 3 Satz 1 BGB-RE aber immer eine Frage des Einzelfalls.

Zu Nummer 96 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 440 Satz 2)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 97 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 443 BGB)

Die Bundesregierung teilt grundsätzlich das mit diesem Antrag verfolgte Anliegen, die in § 443 BGB-RE einerseits und in den §§ 442 und 444 BGB-RE andererseits geregelte Garantie voneinander abzugrenzen. Dies sollte aber nicht durch die vorgeschlagene Änderung in § 443 Abs. 1 BGB-RE geschehen. Mit dieser Vorschrift wird nämlich Artikel 6 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umgesetzt. Dort ist ohne weitere Einschränkungen nur von einer „Garantie“ die Rede. Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe e der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie definiert die „Garantie“ als eine vom Verkäufer oder Hersteller eingegangene Verpflichtung, Abhilfe zu schaffen, wenn die Sache nicht die in der Garantieerklärung oder der Werbung versprochenen Eigenschaften aufweist. Auch hier ist nicht von einer Beschränkung auf eine Haltbarkeitsgarantie die Rede, wenn auch Erwägungsgrund (21) verdeutlicht, dass in erster Linie an Haltbarkeitsgarantien gedacht ist. Auch der Verkäufer selbst kann indes eine über eine bloße Beschaffenheitsvereinbarung hinausgehende Garantie für die Beschaffenheit bei Gefahrübergang übernehmen, die nicht nur für das Vertretenmüssen des Verkäufers im Rahmen des § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB-RE von Bedeutung ist. Zweck und Inhalt einer derartigen Garantie kann vielmehr auch die Erweiterung der Käuferrechte sein. So kann der Verkäufer einer Maschine zum Beispiel versprechen, diese durch ein anderes Modell zu ersetzen, wenn sie nicht eine bestimmte, vom Käufer geschilderte Aufgabe bewältigt. Auch das kann neben einer entsprechenden Beschaffenheitsvereinbarung eine darüber hinausgehende Garantie darstellen, die von § 443 Abs. 1 BGB-RE erfasst sein sollte und nach der Formulierung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erfasst sein muss.

Die Bundesregierung folgt der Auffassung des Bundesrates indes insoweit, als der nicht auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zurückgehende § 443 Abs. 2 BGB-RE ausschließlich die Haltbarkeitsgarantie betrifft. Um dies klarzustellen, könnte dieser Absatz wie folgt gefasst werden:

> „(2) Soweit eine Garantie dafür übernommen worden ist, dass die Sache für eine bestimmte Dauer eine bestimmte Beschaffenheit behält (Haltbarkeitsgarantie), wird vermutet, dass ein während ihrer Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Rechte aus der Garantie zur Folge hat.“

Um dem Anliegen des Bundesrates im Übrigen Rechnung zu tragen, sollte in den §§ 442 und 444 BGB-RE die Garantie nicht mehr erwähnt werden. Es geht inhaltlich um die Zusicherung von Eigenschaften, die für den Mangelbegriff nach dem Entwurf keine Rolle mehr spielt. Gleichwohl schließt dies nicht aus, sie dort, wo ihr auch nach dem Entwurf noch Bedeutung zukommen kann, zu nennen. Es könnte deshalb § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB-RE wie folgt lauten:

> „Ist dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, kann der Käufer Rechte wegen dieses Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder dessen Abwesenheit zugesichert hat.“

§ 444 BGB-RE müsste dann entsprechend angepasst werden und könnte insgesamt wie folgt lauten:

> „§ 444
> Haftungsausschluss
>
> Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, kann sich der Verkäufer nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder dessen Abwesenheit zugesichert hat.“

Die Zusicherung von Eigenschaften sollte dann auch in § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB-RE erwähnt werden, da in diesem Fall der Verkäufer die Mangelhaftigkeit der Sache auch ohne Verschulden zu vertreten hat.

Zu Nummer 98 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 448 Abs. 2 BGB)

Die Bundesregierung hält auch nach erneuter Prüfung an § 448 Abs. 2 BGB-RE fest. Die Vorschrift entspricht § 13 Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG. Der darin liegende Rechtsgedanke ist verallgemeinerungsfähig. Der Verkäufer kann nicht berechtigt sein, die Sache zurückzunehmen, ohne die geleisteten Zahlungen zu erstatten. Dem kann nur durch das Erfordernis des Rücktritts Rechnung getragen werden.

Zu Nummer 99 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 453 BGB)

Die Bundesregierung hält § 453 BGB-RE auch nach ergänzender Prüfung für ausreichend. Die Bestimmung sieht die „entsprechende“ Anwendung der Vorschriften über den Kauf von Sachen vor. Das bedeutet, dass die Vorschriften so angewendet werden müssen, dass sie den Besonderheiten insbesondere von Forderungen und Rechten gerecht wird. Dies betrifft insbesondere auch § 438 Abs. 2 BGB-RE. Bei Sachen beginnt die Verjährung der Mängelansprüche mit der Ablieferung einer Sache. Diesem Zeitpunkt entspricht bei Rechten der Zeitpunkt, zu dem das Recht oder die Forderung übergehen soll. Ob dieser Rechtsübergang tatsächlich eintritt oder – infolge eines Mangels im Rechte – nicht, ist dabei gleichgültig. Eine ausdrückliche Regelung in der Vorschrift empfiehlt sich nicht, weil diese auch andere Gegenstände anspricht, bei denen die entsprechende Anwendung zu abweichenden Ergebnissen führt.

Zu Nummer 100 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (Aufhebung der bisherigen §§ 469, 470 BGB)

Nach Auffassung der Bundesregierung ist eine Änderung der Regelung des Entwurfs nicht veranlasst. Der bisherige § 469 BGB betrifft die Wandelung beim Verkauf mehrerer Sachen; § 469 Satz 1 BGB stellt den Grundsatz der Einzelwandelung auf, wenn mehrere Sachen verkauft sind. Nach dem Entwurf ist nach Auffassung der Bundesregierung dann, wenn sich die Mangelhaftigkeit nur auf einzelne von mehreren selbständigen Sachen bezieht, ein Teilrücktritt möglich. Dass der Entwurf von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Teilrücktritts ausgeht, wird aus § 323 Abs. 3 Satz 1 BGB-RE, der die Teilleistung betrifft, deutlich – in Anlehnung an den bisherigen § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB für die Teilunmöglichkeit. Das Nähere hierzu ist in der Begründung des Entwurfs ausgeführt. Für die Schlechtleistung kann dann nichts anderes gelten, wenn sie sich auf einen abtrennbaren, selbständigen Teil der Leistung bezieht. Sowohl für den Teilrücktritt als auch für den Rücktritt vom gesamten Vertrag gilt dann die Erheblichkeitsschwelle des § 323 Abs. 4 Satz 2 BGB-RE. Kauft also zum Beispiel ein Unternehmen mit einem einzigen Kaufvertrag 5 PKW und ist einer von ihnen mangelhaft, so kann bei Unmöglichkeit oder Scheitern der Nacherfüllung der Rücktritt auch auf diesen einen PKW beschränkt werden; wenn im Einzelfall von einer Erheblichkeit des Mangels bezogen auf den gesamten Vertrag ausgegangen werden kann, kann der Rücktritt auch auf den ganzen Vertrag erstreckt werden. Hinzuweisen ist aber auch darauf, dass diese Fälle des Teilrücktritts tatsächlich nicht besonders häufig sein werden, da einzelne Sachen, die nicht zusammengehören, nicht selten Gegenstand unterschiedlicher Verträge sein werden. Sind sie als zusammengehörend verkauft worden, so sieht aber auch bereits das geltende Recht in § 469 Satz 2 BGB unter bestimmten weiteren Voraussetzungen die Gesamtwandelung vor.

Zu Nummer 101 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 457 Abs. 2 Satz 1 und § 460 BGB)

Die Bundesregierung ist aus den bereits zu Nummer 84 (§ 425 Abs. 2 BGB) ausgeführten Gründen der Auffassung, dass eine Anpassung nicht erforderlich ist.

Zu Nummer 102 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 464 Abs. 1 Satz 2 BGB)

Die Bundesregierung kann sich diesem Vorschlag nicht anschließen. In dem wichtigen Fall des Grundstückskaufs, der Anlass für den Vorschlag ist, wird der Schutz des Vorkaufsberechtigten bei der vertraglichen Begründung eines Vorkaufsrechts dadurch erreicht, dass die Vereinbarung über die Einräumung des Vorkaufsrechts der Form des bisherigen § 313 Satz 1 BGB, jetzt § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB-RE, genügen, also notariell beurkundet werden muss (Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl. 2001, § 313 Rdn. 11). Bei einem gesetzlichen Vorkaufsrecht sind die geregelten Situationen zu unterschiedlich, um eine einheitliche Ausrichtung der Form für die Vorkaufserklärung an der Form des Kaufvertrags zu rechtfertigen. Hier sollte eine Lösung nach den Besonderheiten des jeweiligen Sachzusammenhangs gefunden werden. So gibt es zum Beispiel Vorkaufsrechte für öffentliche Stellen, für deren Ausübung eine bestimmte Form nicht angemessen wäre.

Zu Nummer 103 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 474 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem in der Prüfbitte liegenden Vorschlag zu c (Ausnahmeregelung für öffentliche Versteigerungen) zu. Im Übrigen vermag sie den Vorschlägen dagegen nicht zu folgen.

Die Regelungen über den Kauf sind auch für den Kauf von leitungsgebundenem Wasser und Gas geeignet. Die erforderlichen Sonderregelungen enthalten die auf Grund von § 27 AGBG erlassenen Rechtsverordnungen über die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser bzw. Gas, die auf Grund von Artikel 243 EGBG-RE ggf. geändert werden können. Auch eine Ausnahme für den Verkauf im Rahmen eines Insolvenzverfahrens sollte nicht erfolgen. Wenn der Insolvenzverwalter an der Stelle des Schuldners eine Sache verkauft, so sollte er auch hinsichtlich der Haftung für Mängel wie der Schuldner behandelt werden.

Anders stellt sich dagegen die Sachlage bei den Versteigerungen dar. Hier sprechen auch die kaufmännischen Verwertungsrechte für eine Beibehaltung des bisherigen § 461 BGB, der dann allerdings nicht bei der Versteigerung neuer Sachen an Verbraucher gelten darf. Die Bundesregierung schlägt daher vor, nach § 444 BGB-RE folgenden neuen § 445 einzufügen:

„§ 445
Haftungsbegrenzung bei
öffentlichen Versteigerungen

Wird eine Sache auf Grund eines Pfandrechts in einer öffentlichen Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft, so stehen dem Käufer Ansprüche wegen eines Mangels nur zu, wenn der Verkäufer den Mangel

arglistig verschwiegen oder dessen Abwesenheit zugesichert hat.

Als Folge sollten die bisherigen §§ 445 bis 448 BGB-RE zu den §§ 446 bis 449 werden.

Die bisherigen §§ 449 bis 451 BGB-RE sollten wie folgt zusammengefasst werden:

„§ 450
Ausgeschlossene Käufer
bei bestimmten Verkäufen

(1) Bei einem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung dürfen der mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufs Beauftragte und die von ihm zugezogenen Gehilfen einschließlich des Protokollführers den zu verkaufenden Gegenstand weder für sich persönlich oder durch einen anderen noch als Vertreter eines anderen kaufen.

(2) Absatz 1 gilt auch bei einem Verkauf außerhalb der Zwangsvollstreckung, wenn der Auftrag zu dem Verkauf auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift erteilt worden ist, die den Auftraggeber ermächtigt, den Gegenstand für Rechnung eines anderen verkaufen zu lassen, insbesondere in den Fällen des Pfandverkaufs und des in den §§ 383 und 385 zugelassenen Verkaufs, sowie bei einem Verkauf aus einer Insolvenzmasse.

§ 451
Kauf durch ausgeschlossenen Käufer

(1) Die Wirksamkeit eines dem § 450 zuwider erfolgten Kaufs und der Übertragung des gekauften Gegenstandes hängt von der Zustimmung der bei dem Verkauf als Schuldner, Eigentümer oder Gläubiger Beteiligten ab. Fordert der Käufer einen Beteiligten zur Erklärung über die Genehmigung auf, so findet § 177 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

(2) Wird infolge der Verweigerung der Genehmigung ein neuer Verkauf vorgenommen, so hat der frühere Käufer für die Kosten des neuen Verkaufs sowie für einen Mindererlös aufzukommen.“

Die Bundesregierung stimmt auch dem Vorschlag zu, Verkäufe gebrauchter Sachen in einer öffentlichen Versteigerung aus dem Anwendungsbereich der Sondervorschriften über den Verbrauchsgüterkauf herauszunehmen und so u. a. die Fortsetzung der bisher allgemein üblichen öffentlichen Fundsachenverwertung mit Haftungsausschluss zu erlauben. Dies sieht die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Artikel 1 Abs. 3 auch ausdrücklich vor. § 474 BGB-RE könnte daher wie folgt gefasst werden:

„§ 474
Begriff des Verbrauchsgüterkaufs

(1) Kauft ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache (Verbrauchsgüterkauf), gelten ergänzend die folgenden Vorschriften. Dies gilt nicht für gebrauchte Sachen, die in einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden, an der der Verbraucher persönlich teilnehmen kann.

(2) Die §§ 445, 447 finden auf die in diesem Untertitel geregelten Kaufverträge keine Anwendung.“

Die Inhaltsübersicht müsste entsprechend ergänzt werden.

Zu Nummer 104 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 478 Abs. 2a – neu – BGB)

Die Bundesregierung stimmt diesem Vorschlag zu.

Zu Nummer 105 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 479 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Die Bundesregierung kann sich diesem Vorschlag nicht anschließen. Die fünfjährige Frist ist nicht zu lang. Sie ist als eine Begrenzung der Haftung der Lieferanten einer Lieferkette, damit auch des Herstellers, gedacht. Sie muss die zweijährige Verjährungsfrist für die Ansprüche des Verbrauchers sowie Transport- und Lagerzeiten in der Lieferkette abdecken. Es ist ohnehin nur eine Obergrenze. Der Vorschlag enthält selbst eine Ausnahme im Hinblick auf § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB-RE. Das zeigt, dass eine weitere Ausdifferenzierung der Fristen die Übersichtlichkeit der Regelung erheblich verschlechtern würde.

Zu Nummer 106 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 485 Abs. 4 BGB)

Die Prüfung durch die Bundesregierung hat folgendes ergeben: Die vorgeschlagene Regelung des § 485 Abs. 4 BGB-RE ist – auch wenn sie über die Vorgaben der Richtlinie 94/47/EG hinausgeht und eine Verschärfung gegenüber dem geltenden Recht darstellt – beizubehalten. Es ist sachgerecht, den Beginn der Widerrufsfrist in jedem Fall eines Verstoßes gegen die in § 482 Abs. 2 BGB-RE in Verbindung mit § 2 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht bestimmten Informationspflichten hinauszuschieben. Zwar ist richtig, dass nicht alle der in § 2 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht genannten Angaben von derselben Wertigkeit und Bedeutung für den Verbraucher sind. Indessen ist der Unternehmer gemäß § 482 Abs. 2 BGB-RE verpflichtet, sämtliche dieser Angaben in seinen Prospekt aufzunehmen. Diese Pflicht – die sich auf alle in § 2 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht enthaltenen Angaben unabhängig von deren Wertigkeit erstreckt – würde entwertet werden, wenn nur das Fehlen bestimmter Angaben durch ein Hinausschieben des Beginns der Widerrufsfrist sanktioniert würde. Da ein Unternehmer, der nicht sämtliche in § 2 der Verordnung Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht enthaltene Angaben in seinen Prospekt aufnimmt, gegen zwingendes Recht verstößt, ist ihm auch das Hinausschieben des Fristbeginns zuzumuten. Dies gilt umso mehr, als das Widerrufsrecht des Verbrauchers gemäß der vereinheitlichten Frist des § 355 Abs. 3 BGB-RE zukünftig auch im Bereich der Teilzeit-Wohnrechteverträge spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss erlischt. Dies bedeutet für den Unternehmer gegenüber dem geltenden § 5 TzWrG eine Verbesserung, da das Widerrufsrecht danach erst nach Aushändigung einer Vertragsurkunde erlöschen konnte. Angesichts dieser Verbesserung für den Unternehmer ist die in § 485 Abs. 4 BGB-RE gegenüber dem geltenden Recht vorgenommene Verschärfung gerechtfertigt. Schließlich erleichtert die vorgeschlagene Regelung des § 485 Abs. 4 BGB-RE auch die Rechtsanwendung, da zukünftig jeder Verstoß gegen § 482 Abs. 2 BGB-RE mit § 2 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht in den Rechtsfolgen gleich behandelt wird.

Zu Nummer 107 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB)

Die Bundesregierung vermag sich dem Vorschlag des Bundesrates nicht anzuschließen. Die gewählte Formulierung in § 488 Satz 2 BGB-RE greift den Wortlaut des Satzes 1 auf, der den Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer den Darlehensbetrag „zur Verfügung zu stellen“. Der Begriff des Zur-Verfügung-Stellens ist gewählt worden, um hierunter nicht nur die Barauszahlung, sondern auch die in der Rechtswirklichkeit vorkommenden unterschiedlichen Formen der Überlassung von Geld wie die Überweisung, Gutschrift, die Gewährung eines Kontokorrentkredits etc. verstehen zu können. Gleichermaßen weit muss daher auch die Rückerstattungspflicht des Darlehensnehmers formuliert sein, da diese mit der Pflicht des Darlehensgebers der Zur-Verfügung-Stellung des Darlehensbetrags korrespondiert. Würde man in Satz 2 eine andere Formulierung wählen, könnte der Irrtum entstehen, dass sich die Rückzahlungspflicht nicht auf alle Formen der „Zur-Verfügung-Stellung“ des Darlehens richtet. Dies sollte vermieden werden. Im Übrigen ergibt sich aus der Rückerstattungspflicht als solcher, dass das Darlehen an den Darlehensnehmer valutiert worden sein muss, da der Darlehensnehmer nicht zu einer Rückerstattung eines Geldbetrags, den er gar nicht erhalten oder in anderer Weise in Anspruch genommen hat, verpflichtet werden kann.

Zu Nummer 108 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 488 Abs. 3, § 489 Abs. 1 Nr. 1 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt.

Zu Nummer 109 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB)

Die erbetene Prüfung hat folgendes Ergebnis:

Trotz der derzeitigen Formulierung in § 609a Abs. 1 Nr. 2 BGB, die solche Darlehen von der Kündigungsmöglichkeit ausnimmt, die für Zwecke der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit bestimmt sind, ist in Rechtsprechung und Literatur unklar, wieweit diese Ausnahme reichen soll (siehe nur den Überblick in Münchener Kommentar/Westermann, 3. Aufl. 1997, § 609a, Rdn. 21, 22). Zum Teil wird vertreten, dass die Ausnahme teleologisch auf Darlehen zu reduzieren ist, die für eine gewerbliche oder *selbständige* berufliche Tätigkeit bestimmt sind, und zum Teil wird die Ausnahme im Sinne des Wortlauts so verstanden, dass alle beruflich veranlassten Darlehen, also auch solche, die ein Arbeitnehmer zur Erfüllung seiner beruflichen Tätigkeit aufnimmt, davon erfasst sein sollen. Diese derzeit bestehende Unsicherheit löst die Entwurfsfassung durch die Aufnahme des Begriffs des „Verbrauchers“ in § 489 Abs. 1 Nr. 2 auf. Der Entwurf folgt damit der Meinung, die bereits derzeit das Merkmal der „Selbstständigkeit“ in den Text des § 609a Abs. 1 Nr. 2 BGB hineinliest. Nur dies führt zu einer sachgerechten Lösung: Die Ausnahme von der Kündigungsmöglichkeit des § 609a Abs. 1 Nr. 2 BGB sollte einen Bereich von Verträgen umschreiben, in dem ein erhöhtes Schutzbedürfnis des Darlehensnehmers nicht besteht. Ein Arbeitnehmer, der ein Darlehen zu beruflichen Zwecken aufnimmt, ist aber genauso schützenswert wie bei der Aufnahme eines privaten Darlehens. Dementsprechend umfasst der Verbraucherbegriff des § 13 BGB in Ausdehnung des europäischen Verbraucherbegriffs auch einen Arbeitnehmer, der Arbeitskleidung oder einen Pkw für die Fahrt zur Arbeit kauft. Durch die Neufassung des § 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB-RE entfällt außerdem die bislang erforderliche schwierige Abgrenzung zwischen privat und beruflich veranlassten Kleinkrediten eines Arbeitnehmers. Dies stellt eine Erleichterung für den Rechtsanwender dar.

Zu Nummer 110 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 490 Abs. 1 BGB)

Die Bundesregierung schlägt auf die Prüfbitte des Bundesrates vor, § 490 Abs. 1 BGB-RE wie folgt zu fassen:

> „(1) Wenn in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers oder in der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit eine wesentliche Verschlechterung eintritt oder einzutreten droht, durch die die Rückerstattung des Darlehens, auch unter Verwertung der Sicherheit, gefährdet wird, kann der Darlehensgeber den Darlehensvertrag vor Auszahlung des Darlehens im Zweifel stets, nach Auszahlung nur in der Regel fristlos kündigen.“

Durch die Neufassung soll den Bedenken des Bundesrates Rechnung getragen und zweierlei verdeutlicht werden: Zum einen ist das Kündigungsrecht nur gegeben, wenn eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers eintritt, die die Rückzahlung des Darlehens gefährdet; diese Gefährdung kann aber bei Vorliegen hinreichender Sicherheiten zu verneinen sein, so dass in einem solchen Fall der Darlehensgeber trotz einer wesentlichen Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers selbst kein Kündigungsrecht hat. Diese Wechselwirkung wird dadurch sinnfällig zum Ausdruck gebracht, dass die Gefährdung der Darlehensrückzahlung auch unter Berücksichtigung der Verwertungsmöglichkeit gegeben sein muss. Zum anderen wird eindeutiger formuliert, was in § 490 Abs. 1 BGB-RE mit der Alternative „Vermögensverhältnisse eines Dritten“ gemeint war. Gemeint war die Werthaltigkeit der von dem Dritten gestellten Sicherheit. Ist diese ein Sachwert, kommt es auf die Werthaltigkeit dieses Sachwerts an. Ist die Sicherheit dagegen eine Bürgschaft, ist für die Werthaltigkeit auf die Vermögensverhältnisse des Dritten abzustellen.

Zu Nummer 111 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 491 ff. BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu und wird den Darlehensnehmer in den §§ 492 bis 498 BGB-RE als solchen bezeichnen. Zugleich sollte der Begriff „Darlehensvertrag“ durch den Begriff „Verbraucherdarlehensvertrag“ ersetzt werden, um die Abgrenzung zu erleichtern.

Zu Nummer 112 und 113 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 491 Abs. 1 Satz 2 BGB)

Die Bundesregierung stimmt den Vorschlägen in der Sache zu. § 491 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Nr. 2 BGB-RE sollten gestrichen werden und ihr Inhalt in den Untertitel 4 eingestellt werden, der dann wie folgt lauten könnte:

„Untertitel 4
Unabdingbarkeit, Anwendung auf Existenzgründer

§ 506
Abweichende Vereinbarungen

Von den Vorschriften der §§ 491 bis 505 darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Diese Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

§ 507
Anwendung auf Existenzgründer

Die §§ 491 bis 506 gelten auch für natürliche Personen, die sich ein Darlehen, einen Zahlungsaufschub oder eine sonstige Finanzierungshilfe für die Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit gewähren lassen (Existenzgründer), es sei denn, der Nettodarlehensbetrag oder Barzahlungspreis übersteigt 50 000 Euro.“

Als Folgeänderung würden in § 491 Abs. 2 BGB-RE die Nummern 3 und 4 zu Nummern 2 und 3. § 655a und § 655e BGB-RE wären wie folgt neu zu fassen:

„§ 655a
Darlehensvermittlungsvertrag

Für einen Vertrag, nach dem es ein Unternehmer unternimmt, einem Verbraucher gegen Entgelt einen Verbraucherdarlehensvertrag zu vermitteln oder ihm die Gelegenheit zum Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags nachzuweisen, gelten vorbehaltlich des Satzes 2 die folgenden Vorschriften. Dies gilt nicht in dem in § 491 Abs. 2 bestimmten Umfang.“

„§ 655e
Abweichende Vereinbarungen, Anwendung auf Existenzgründer

(1) Von den Vorschriften dieses Untertitels darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Die Vorschriften dieses Untertitels finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

(2) Dieser Untertitel gilt auch für Darlehensvermittlungsverträge zwischen einem Unternehmer und einem Existenzgründer im Sinne von § 507.“

Die Inhaltsübersicht müsste entsprechend ergänzt werden.

Die vorgeschlagene Neufassung trägt den redaktionellen Bedenken des Bundesrates Rechnung und berücksichtigt bereits den Inhalt der Gegenäußerung zu Nummer 111 (Ersetzung des Begriffs des „Darlehensvertrags“ durch den Begriff des „Verbraucherdarlehensvertrags“).

An der Beweislast ändert dagegen die vorgeschlagene Neufassung gegenüber dem Regierungsentwurf nichts. Vielmehr soll es bei dem allgemeinen Grundsatz bleiben, dass jeder, der sich auf den Schutz einer Norm beruft, die Beweislast für das Vorliegen von deren Voraussetzungen trägt. Der Existenzgründer, der ein Darlehen aufnimmt und sich auf die §§ 491 bis 498 BGB-E berufen will, müsste mithin darlegen und beweisen, dass das Darlehen für die *Aufnahme* seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit bestimmt war und nicht seiner bereits ausgeübten Tätigkeit diente. Umgekehrt müsste der Darlehensgeber beweisen, dass der Nettodarlehensbetrag 50 000 Euro übersteigt. Diese Beweislastverteilung ist vor dem Hintergrund des Verbraucherbegriffs des § 13 BGB sachgerecht: Danach sieht das Gesetz grundsätzlich nur solche Personen als „Verbraucher“ an, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließen, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

Dahinter steht der Gedanke, dass nur derjenige besonders schützenswert ist, der entweder zu privaten oder als Arbeitnehmer zu beruflichen Zwecken einen Vertrag schließt.

Zu Nummer 114 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem in der Prüfbitte des Bundesrates zum Ausdruck kommenden Vorschlag, § 358 Abs. 1 BGB-RE aus der Verweisung in § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB-RE zu streichen, zu.

Zu Nummer 115 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 491 Abs. 3 Nr. 3 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem in der Prüfbitte des Bundesrates zum Ausdruck kommenden Vorschlag, die Verweisung in § 491 Abs. 3 Nr. 3 BGB-RE wie folgt zu fassen:

„§ 358 Abs. 2, 4 und 5 und § 359“, zu.

Zu Nummer 116 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 495 Abs. 2 BGB)

Dem Vorschlag wird zugestimmt. Dem § 495 Abs. 2 BGB-RE sollte folgender Satz angefügt werden:

„Die erforderliche Belehrung über das Widerrufsrecht muss auf die Rechtsfolge nach Satz 1 hinweisen.“

Zu Nummer 117 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 497 Abs. 2 Satz 2, § 502 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 504 Satz 2 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt.

Zu Nummer 118 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 497 Abs. 3 Satz 1 BGB)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt.

Zu Nummer 119 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 497 Abs. 3 Satz 3 BGB)

Die Bundesregierung ist mit dem Bundesrat der Auffassung, dass § 497 Abs. 3 Satz 3 BGB-RE wegen der neuen regelmäßigen Verjährungsfrist der Anpassung bedarf.

Nach dem bisherigen Recht unterliegen fällige nichttitulierte ebenso wie titulierte Darlehensrückerstattungsansprüche sowie titulierte Ansprüche auf Rückstände von Zinsen der 30-jährigen Regelverjährungsfrist (§§ 195 und 218 Abs. 1 BGB). Nichttitulierte Ansprüche auf Rückstände von Zinsen sowie titulierte Ansprüche auf künftig fällig werdende Zinsen verjähren bislang grundsätzlich in vier Jahren (§§ 197 und 218 Abs. 2 BGB), was durch den bisherigen § 11 Abs. 3 Satz 3 VerbrKrG jedoch gerade ausgeschlossen wird, so dass auch insoweit die geltende regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 195 BGB) eingreift. Hier-

durch soll vermieden werden, dass der Kreditgeber allein wegen der Zinsen die Verjährungsunterbrechung betreibt (Palandt/Putzo, BGB, 60. Aufl. 2001, § 11 VerbrKrG Rdn. 9).

Nach dem Recht des Entwurfs unterliegen fällige nichttitulierte Darlehensrückerstattungsansprüche sowie nichttitulierte Ansprüche auf Rückstände von Zinsen der dreijährigen Regelverjährungsfrist (§ 195 BGB-RE). Titulierte Darlehensrückerstattungsansprüche sowie titulierte Ansprüche auf Rückstände von Zinsen verjähren in 30 Jahren (§ 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BGB-RE). Titulierte Ansprüche auf künftig fällig werdende Zinsen unterliegen grundsätzlich gleichfalls der dreijährigen Regelverjährungsfrist (§§ 195 und 197 Abs. 2 BGB-RE), was durch § 497 Abs. 3 Satz 3 BGB-RE jedoch gerade ausgeschlossen wird, so dass auch insoweit die 30-jährige Verjährungsfrist nach § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BGB-RE eingreift.

Der Bundesrat weist zutreffend darauf hin, dass für den Bereich der fälligen nichttitulierten Darlehensrückerstattungsansprüche sowie der nichttitulierten Ansprüche auf Rückstände von Zinsen gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, um zu vermeiden, dass der Darlehensgeber allein zur Vermeidung des Verjährungseintritts die Titulierung betreibt, was die Schuldenlast des Darlehensnehmers noch weiter erhöhen würde. Den richtigen Weg hat der Bundesrat bereits gewiesen, indem er darauf hinweist, dass die Verjährung allein durch den Schuldnerverzug nicht gehemmt wird. Die Bundesregierung schlägt daher vor, in § 497 Abs. 4 BGB-RE eine Regelung aufzunehmen, nach der die Verjährung ab Eintritt des Schuldnerverzugs bis zur Titulierung gehemmt ist.

Zusammenfassend schlägt die Bundesregierung folgende Änderung des § 497 Abs. 3 BGB-RE vor:

1. Nach Satz 2 ist folgender Satz einzufügen:

   „Die Verjährung der Ansprüche auf Darlehensrückerstattung und Zinsen ist vom Eintritt des Verzugs nach Absatz 1 an bis zu ihrer Feststellung in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 bezeichneten Art gehemmt.“

2. In dem bisherigen Satz 4 ist die Angabe „Sätze 1 bis 3“ durch die Angabe „Sätze 1 bis 4“ zu ersetzen.

Zu Nummer 120 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 31 (§ 505 Abs. 2 Satz 1 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem in der Prüfbitte des Bundesrates liegenden Vorschlag zu und schlägt vor, nach § 505 Abs. 2 Satz 1 BGB-RE folgenden neuen Satz 2 einzufügen:

„Satz 1 gilt nicht, wenn dem Verbraucher die Möglichkeit verschafft wird, die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern.“

Hiermit wird in der Sache eine dem § 502 Abs. 2 BGB-RE funktionell entsprechende Regelung für Ratenlieferungsverträge geschaffen, die im Ergebnis bewirkt, dass der Verbraucher vor Vertragsschluss zumindest die in § 502 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 BGB-RE bestimmten Informationen in abrufbarer und speicherbarer Form erhält. In der Formulierung lehnt sich die Regelung an § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB-RE in der Fassung an, die sie nach der Stellungnahme zu Nummer 62 erhalten hat.

Zu Nummer 121 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 33a – neu – (§§ 535 ff. BGB)

Schon seit jeher gibt es zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht einerseits und dem Mietrecht andererseits an vielen Stellen im Gesetz Unterschiede. Dies hat seine Ursache darin, dass die Rechtsgebiete von ihrem Wesen her verschieden sind: Während es beim Kauf- und Werkvertragsrecht um die Verschaffung bzw. Herstellung einer Sache geht, hat das Mietrecht die Gebrauchsüberlassung einer Sache auf Zeit zum Gegenstand. Anders als das Kauf- und Werkvertragsrecht, die beide nur einen einmaligen Leistungsaustausch zum Gegenstand haben, ist das Mietrecht außerdem ein Dauerschuldverhältnis, bei dem sich die Vertragsbeziehungen der beiden Vertragspartner von vornherein regelmäßig über einen längeren Zeitraum erstrecken. Wegen dieser Wesensunterschiede ist eine vollständige Angleichung der mietrechtlichen Vorschriften an das Kauf- und Werkvertragsrecht nicht sinnvoll. Denn sie wird den Besonderheiten des Mietrechts nicht gerecht.

Besonderheiten gibt es zum Beispiel bei den Gewährleistungsvorschriften. Hier kann der Mieter anders als im Kauf- und Werkvertragsrecht bei unerheblichen Gebrauchsbeeinträchtigungen die Miete nicht mindern. Diese Einschränkung stellt im Interesse eines möglichst störungsfreien Ablaufs des Mietverhältnisses eine sinnvolle Begrenzung der Mängelhaftung dar, um Streitigkeiten über belanglose Kleinigkeiten zu verhindern. Anders ist es jedoch, wenn der Vermieter bestimmte Eigenschaften der Mietsache ausdrücklich zugesichert hat. Hier kommt es nach geltendem Recht nicht darauf an, ob die Gebrauchsbeeinträchtigung erheblich ist oder nicht. Auch dabei muss es aus Sicht der Bundesregierung in Zukunft bleiben. Es wäre nicht einzusehen, dass der Vermieter von jeder Haftung befreit wäre, obwohl er bestimmte Eigenschaften der Mietsache gerade ausdrücklich zugesichert hat. Deshalb hat auch das Mietrechtsreformgesetz zugunsten der Mieter an der uneingeschränkten besonderen Haftung für zugesicherte Eigenschaften festgehalten. Ferner hält die Bundesregierung im Interesse des Mieterschutzes auch die besondere Garantiehaftung des Vermieters für anfängliche Mängel unabhängig vom Verschulden nach wie vor für richtig. Sachgerecht ist schließlich der Gewährleistungsausschluss bei vorbehaltloser Annahme der Mietsache in Kenntnis des Mangels, denn hier ist der Mieter nicht schutzwürdig, so dass insofern eine Anpassung ebenfalls nicht in Betracht kommt.

Gleiches gilt für die Regelungen über die außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund. Im Zuge der Mietrechtsreform wurden die bisherigen Einzeltatbestände erst kürzlich in zwei Vorschriften zusammengefasst (§§ 543, 569 BGB – neu). Würden diese Vorschriften nun wieder „auseinandergerissen“, so würde darunter die verbesserte Verständlichkeit erheblich leiden, zumal ihnen gerade in der Wohnraummiete eine große Bedeutung zukommt.

Im Interesse der Rechtsvereinheitlichung ist jedoch eine Anpassung auf jeden Fall dort sinnvoll und erforderlich, wo es um im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung geänderte oder neue Begrifflichkeiten geht. Die Bundesregierung

spricht sich daher dafür aus, in der neuen Vorschrift des § 536 Abs. 1 BGB das Wort „Fehler“ durch das Wort „Mangel“ zu ersetzen. Außerdem ist aus ihrer Sicht der bisherige „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ im Sinne der neuen Terminologie als „Schadensersatz“ zu bezeichnen. Im Übrigen wird die Bundesregierung hier noch genau prüfen, ob und in welchem Umfang das Mietrecht insoweit weiter angepasst werden muss.

Zu Nummer 122 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 33a – neu – (§ 543 Abs. 4 Satz 1 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 123 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 33a – neu – (§ 548 Abs. 3 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 124 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 33a – neu – (§ 563 Abs. 3 Satz 2 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 125 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 (§ 634 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 126 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 (§ 634a Abs. 1 Nr. 1, 2 BGB)

Die Bundesregierung teilt aus den vom Bundesrat dargestellten Gründen dessen Ansicht, dass die Ansprüche des Bestellers auf Nacherfüllung, Aufwendungsersatz und Schadensersatz gegen den Bauunternehmer auf der einen Seite und den Architekten/Statiker auf der anderen Seite gleichen Verjährungsfristen unterliegen sollten.

Nach der Rechtsprechung des BGH richtet sich die Verjährungsfrist für werkvertragliche Mängelansprüche bei Leistungen von Architekten und Sonderfachleuten (d. h. Personen, die im Rahmen der Errichtung eines Bauwerks zur Erbringung spezieller Planungs- und Überwachungsleistungen eingesetzt werden (Palandt/Sprau, BGB. 60. Aufl. 2001, Einf. v. § 631 Rdn. 17) danach, wo die Leistung verkörpert wird; bei der Verkörperung der Leistung in einem Bauwerk gilt somit nach bisherigem Recht die Verjährung von fünf Jahren (BGHZ 37, 340, 344; BGH, NJW 1999, 2434; Palandt/Sprau, BGB, 60. Aufl. 2001, § 638 Rdn. 13). Die Bundesregierung schlägt daher vor, in § 634a Abs. 1 BGB-RE die fünfjährige Verjährungsfrist nach dessen Nummer 1 auch auf Werke auszudehnen, die sich in einem Bauwerk verkörpern und entsprechend die Anwendung der regelmäßigen Verjährungsfrist nach dessen Nummer 2 insoweit auszuschließen. Zusammenfassend könnte § 634a Abs. 1 BGB-RE unter Berücksichtigung der Änderung gemäß den Ausführungen zu Nummer 127 etwa wie folgt gefasst werden:

„(1) Die in § 634 bezeichneten Ansprüche verjähren

1. in fünf Jahren bei einem Bauwerk und einem sich in einem Bauwerk verkörpernden Werk,
2. in der regelmäßigen Verjährungsfrist bei einem Werk, das in einem anderen Erfolg als dem der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht und sich nicht in einem Bauwerk verkörpert und
3. im Übrigen in zwei Jahren.“

Dieser Text sollte im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens noch vertieft geprüft werden. In diese Prüfung sollte auch die Frage einbezogen werden, ob die Reihenfolge der einzelnen Tatbestände ihrer tatsächlichen Bedeutung Rechnung trägt.

Zu Nummer 127 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu. Der Vorschlag ist in dem Text, der zu Nummer 126 vorgeschlagen wird, bereits eingearbeitet.

Zu Nummer 128 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 (§ 634a Abs. 3 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu.

Zu Nummer 129 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 (§ 634a Abs. 3 Satz 2 – neu – BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu.

Zu Nummer 130 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 (§ 634a Abs. 4 Satz 2 – neu – BGB)

Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundesrates, nach der im Gesetz ausgesprochen werden sollte, dass der Besteller, wenn er von seiner Rücktrittseinrede Gebrauch macht, das Werk dem Unternehmer zurückzugewähren hat. Die Änderung sollte jedoch auch solchen Fällen gerecht werden, in denen der Besteller bereits einen Teil des Werklohnes geleistet hat. Dann wäre es umgekehrt nicht gerechtfertigt, wenn der Unternehmer mit dem Vorschlag des Bundesrates das Werk zurückerlangt, aber seinerseits nicht verpflichtet wäre, die geleistete Anzahlung zurückzuzahlen. Die Bundesregierung ist daher der Ansicht, dass bei Geltendmachung der Rücktrittseinrede dem Unternehmer das Recht zustehen sollte, vom Vertrag zurückzutreten und dass dies in einem neuen Satz 2 des § 634a Abs. 4 BGB-RE ausgesprochen werden sollte. Auch im Rahmen des bisherigen § 478 Abs. 1 Satz 1 BGB, auf den der geltende § 639 Abs. 1 BGB verweist, wird davon ausgegangen, dass bei Geltendmachung der Mängeleinrede die Parteien so zu stellen sind, als habe eine Wandelung stattgefunden (Palandt/Putzo, BGB, 60. Aufl. 2001, § 478 Rdn. 7). Mit dem Rücktrittsrecht wird man beiden Fallkonstellationen gerecht: Ist der Werklohn noch nicht gezahlt worden, muss der Besteller nach dem Rücktritt des Unternehmers das Werk zurückgewähren. Ist der Werklohn teilweise gezahlt worden, muss der Besteller nach dem Rücktritt des Unternehmer das Werk gleichfalls zurückgeben, im Gegenzug hat aber der Unternehmer die geleistete Teilzahlung zurückzuzahlen.

Hinsichtlich der Teilzahlungsfälle ist noch darauf hinzuweisen, dass die Rücktrittseinrede dem Besteller keinen Anspruch auf Rückgewähr der Teilzahlung gibt. Insoweit muss der Besteller die Konsequenzen tragen, dass er seine Mängelansprüche hat verjähren lassen (siehe Palandt/Putzo,

BGB, 60. Aufl. 2001, § 478 Rdn. 7 zur geltenden Rechtslage). Der Rückgewährsanspruch entsteht erst, wenn der Unternehmer entsprechend dem von der Bundesregierung vorgeschlagenen neuen Satz 2 des § 634a Abs. 4 BGB-RE vom Vertrag zurücktritt. Der Unternehmer kann zurücktreten, muss es aber nicht, was insbesondere dann von Bedeutung ist, wenn es für ihn günstiger ist, auf den restlichen Werklohn zu verzichten, als nach Rücktritt die Teilzahlung zurückzahlen zu müssen und dafür lediglich das mangelhafte Werk wiederzuerlangen. Folgeänderung des Vorschlags der Bundesregierung ist, dass der Verweis in § 638 Abs. 5 BGB-RE dahin anzupassen ist, dass lediglich auf § 634a Abs. 4 Satz 1 BGB-RE verwiesen wird. Das in dem von der Bundesregierung vorgeschlagenen neuen Satz 2 des § 634a Abs. 4 BGB-RE dem Unternehmer eingeräumte Rücktrittsrecht kann dann nicht zu Anwendung kommen, wenn der Besteller lediglich die Minderungseinrede erhebt, also das Werk gerade behalten will. Zusammenfassend lautet der Vorschlag der Bundesregierung wie folgt:

1. In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 35 § 634a ist Absatz 4 folgender Satz anzufügen:

   „Macht er von diesem Recht Gebrauch, kann der Unternehmer vom Vertrag zurücktreten.“

2. In Artikel 1 Abs. 1 Nr. 35 § 638 Abs. 5 ist die Angabe „634a Abs. 4“ durch die Angabe „634a Abs. 4 Satz 1“ zu ersetzen.

Zu Nummer 131 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 (§ 635 Abs. 3 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 132 Zu Artikel 1 Nr. 38 (§ 637 Abs. 1 BGB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

Zu Nummer 133 Zu Artikel 1 Nr. 38 (§ 637 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Die Bundesregierung hält die Fassung des § 637 Abs. 2 Satz 2 BGB-RE im Interesse eines Gleichlaufs mit § 636 BGB-RE für sachgerecht.

Zu Nummer 134 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 38 (§ 637 BGB)

Die Bundesregierung hält die Regelung in § 637 BGB-RE für sachgerecht. Ergibt sich während des Laufs einer vom Besteller gesetzten, angemessenen Nachfrist, dass die Nacherfüllung nicht mehr zu erreichen ist, so ist sie fehlgeschlagen. Gemäß § 637 Abs. 2 Satz 2 BGB-RE bedarf es einer Fristsetzung deshalb nicht; auf den Ablauf einer gesetzten Frist kann es dann nicht mehr ankommen.

Zu Nummer 135 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 40a – neu – (§ 641 Abs. 3 BGB)

Die Bundesregierung kann sich dem Vorschlag nicht anschließen. Nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts konnte der Besteller auf der Grundlage des § 320 BGB stets einen Teil des Werklohns einbehalten, wenn der Werkunternehmer die Werkleistung nur mangelhaft erbracht hatte. Die Rechtsprechung hatte die Höhe dieses einzubehaltenden Betrages vor der Einfügung des § 641 Abs. 3 BGB durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 330) in der Regel mit dem Zwei- bis Dreifachen der für die Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten angenommen. Aber auch nach der bis zum 30. April 2000 geltenden Rechtslage war schon die Einbehaltung eines höheren Betrages möglich, wenn dies durch die besonderen Umstände des Falles gerechtfertigt war. Dies hat die Rechtsprechung insbesondere bei geringfügigen Mängeln angenommen, um dem Besteller ein wirksames Druckmittel in die Hand zu geben, mit dem er den Unternehmer zur Beseitigung der Mängel anhalten kann. § 641 Abs. 3 BGB enthält vor diesem Hintergrund mit der Vorgabe eines Mindestbetrages eine Vereinheitlichung der Untergrenze des einzubehaltenden Betrages und gibt der Praxis insoweit klarere Maßstäbe vor, als das zuvor der Fall war. Die Bundesregierung hält dies für sachgerecht und sieht für eine Änderung keinen Anlass.

Zu Nummer 136 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 40b – neu – (§ 641a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB)

Die Bundesregierung kann sich diesem Vorschlag nicht anschließen. Tatsächlich spricht § 641a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB davon, dass das Werk „frei von Mängeln“ sein muss, ohne auf deren Wesentlichkeit abzustellen. Diese Beschränkung auf mangelfreie Werke ist sachgerecht. Zum einen handelt es sich bei der „Unwesentlichkeit“ eines Mangels um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Auslegung nicht dem Sachverständigen überlassen werden kann. Zum anderen war es Ziel des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 330), durch das die Vorschrift in das BGB eingefügt wurde, die Handwerker zu unterstützen, die ein Werk mangelfrei hergestellt haben und denen gegenüber der Besteller Mängel nur vorschiebt, um die Zahlung des Werklohns hinauszuzögern. Eventuell vom Sachverständigen festgestellte Mängel dürften im Übrigen von dem Unternehmer gerade dann schnell zu beseitigen sein und deshalb kein besonderes Problem darstellen, wenn sie unwesentlich sind. Nach Abschluss der Nachbesserung kann die Fertigstellungsbescheinigung dann erteilt werden.

Zu Nummer 137 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 43 (§ 651 BGB)

Die Bundesregierung schließt sich der Anregung des Bundesrates an. Aus der Sicht der Bundesregierung sollten auf nicht vertretbare Sachen die §§ 642, 643, 645, 649 und 650 BGB mit der Maßgabe angewendet werden, dass an die Stelle der Abnahme der nach §§ 445, 446 BGB-RE (gemäß der Gegenäußerung zu Nummer 103 künftig §§ 446, 447) maßgebliche Zeitpunkt tritt.

Zu Nummer 138 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 47 (§ 651g Abs. 2 BGB), Nr. 48 (§ 651l BGB)

Die Bundesregierung spricht sich gegen den Vorschlag des Bundesrates aus. Der Verweis auf das Mietrecht ist nach Ansicht der Bundesregierung nicht stichhaltig. Die der sechsmonatigen Verjährungsfrist unterliegenden Ansprüche des Mieters auf Ersatz von auf die Mietsache gemachten Aufwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung sind Ansprüche, die vom Zustand der Mietsache zurzeit der Rückgabe abhängen. Mit der kurzen Verjährung sollen diese Ansprüche einer raschen Abwicklung zugeführt werden. Der Grund liegt in dem Interesse des Ver-

mieters, die Mietsache möglichst bald nach Beendigung des Mietverhältnisses wieder nutzen, insbesondere sie erneut vermieten zu können. Hierfür ist es oftmals erforderlich, die vom Mieter herbeigeführten Veränderungen rückgängig zu machen und die hinterlassene Einrichtung des Mieters zu beseitigen. Solche Maßnahmen bergen indes die Gefahr für den Vermieter, dass er die Beweislage zu seinen Ungunsten verändert oder sich Schadensersatzansprüchen aussetzt. Daher ist schnelle Rechtssicherheit gefordert, die durch die kurze Verjährungsfrist gewährleistet wird.

Eine vergleichbare Situation ist im Reiserecht nicht gegeben. Die Problematik besteht allein darin, dass die für einen Reisemangel maßgebenden Umstände sich besonders schnell verändern und schon nach kurzer Zeit im Prozess eine verlässliche Beweisaufnahme sehr erschwert ist. Gerade hierfür dient die vom Entwurf beibehaltene Pflicht des Reisenden nach § 651g Abs. 1 BGB, Gewährleistungsansprüche innerhalb eines Monats nach der vertraglich vorgesehenen Beendigung der Reise geltend zu machen, anderenfalls er mit seinen Ansprüchen ausgeschlossen ist. Der Reiseveranstalter ist damit im Bilde und kann die zur Abwehr der Ansprüche gegebenenfalls notwendigen Beweise sichern.

Zu Nummer 139 Zu Artikel 1 Abs. 1 Nr. 61 (§ 939 BGB)

Die Bundesregierung befürwortet das Anliegen des Bundesrates aus den von ihm dargestellten Gründen und schlägt folgende Änderungen vor:

1. In § 939 Abs. 1 Satz 1 ist das Wort „Eigentumsanspruch“ durch das Wort „Herausgabeanspruch“ zu ersetzen.
2. In § 939 Abs. 2 ist das Wort „Eigentumsanspruchs“ durch das Wort „Herausgabeanspruchs“ zu ersetzen.

Zu Nummer 140 Zu Artikel 1 Abs. 2 (Anlage; Inhaltsübersicht zum Bürgerlichen Gesetzbuch)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt.

Zu Nummer 141 Zu Artikel 2 Nr. 3 (Artikel 229 § 4 Abs. 1 EGBGB)

Die Bundesregierung stimmt der in der Prüfbitte liegenden Anregung zu und schlägt vor, in Artikel 229 § 4 Abs. 1 Satz 2 wie folgt zu fassen:

„Satz 1 gilt für Dauerschuldverhältnisse mit der Maßgabe, dass anstelle der in Satz 1 bezeichneten Gesetze vom 1. Januar 2003 an nur das Bürgerliche Gesetzbuch in der dann geltenden Fassung anzuwenden ist.“

Zu Nummer 142 Zu Artikel 2 Nr. 3 (Artikel 229 § 6 Abs. 1 EGBGB)

Die Bundesregierung hält eine Aufnahme von § 2 der Lombardsatz-Überleitungs-Verordnung nicht für erforderlich. Die Vorschrift ist nur für die Zeit vor dem 1. Januar 1999 notwendig. Dafür gilt sie indessen aber nach Artikel 229 § 6 Abs. 2 EGBGB-RE auch.

Zu Nummer 143 Zu Artikel 3 (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG)

Dem Änderungsvorschlag wird mit der Maßgabe zugestimmt, dass auch die Darlehensvermittlungsverträge gemäß § 655a BGB-E aufgeführt werden. Es wird daher vorgeschlagen, § 2 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG wie folgt zu fassen:

„1. die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die für Verbrauchsgüterkäufe, Haustürgeschäfte, Fernabsatzverträge, Teilzeit-Wohnrechteverträge, Reiseverträge, Verbraucherdarlehensverträge sowie für Finanzierungshilfen, Ratenlieferungsverträge und Darlehensvermittlungsverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher gelten,“

Zu Nummer 144 Zu Artikel 3 (§ 3 UKlaG), Artikel 5 Abs. 24 Nr. 1 (§ 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG)

Die Bundesregierung ist auch nach erneuter Prüfung der Meinung, dass die Regelungen zur Klagebefugnis für qualifizierte Einrichtungen nach den §§ 2 und 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG-RE einerseits und nach § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG andererseits als prinzipiell gleichrangig aufrechterhalten werden sollten.

Es handelt sich um nebeneinander bestehende Verbandsklagemöglichkeiten, denen spezifische Anwendungsbereiche zugeordnet sind, so dass es – ohne Verlust an Rechtsschutzmöglichkeiten – nicht möglich ist, auf die eine oder andere Möglichkeit zu verzichten. So können etwa Verbraucherverbände im Falle des § 1 UWG nur dann einen Unterlassungsanspruch geltend machen, wenn der Anspruch eine Handlung betrifft, „durch die wesentliche Belange der Verbraucher berührt werden“ (§ 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Eine solche „wesentliche Beeinträchtigung“ verlangt indessen § 2 Abs. 1 UKlaG-RE in Entsprechung zum bisherigen § 22 AGBG gerade nicht. Hier ist die Eingriffsschwelle niedriger, da insoweit nur verlangt wird, dass die Geltendmachung des Anspruchs „im Interesse des Verbraucherschutzes“ liegen muss. Auf der anderen Seite können nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 UKlaG-RE nur Verstöße gegen verbraucherschützende Normen verfolgt werden, während die Rechtsbruchkategorie im Sinne des § 1 UWG auch die Verletzung anderer gerade nicht vorrangig verbraucherschützender Normen erfasst. Angesichts dieser sich ergänzenden Anwendungsbereiche ist eine Streichung des Klagerechts aus § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG nicht angezeigt.

Ebenso wenig ist eine „Zusammenlegung“ beider derzeit bestehenden Verbandsklagebefugnisse im Unterlassungsklagegesetz sinnvoll. Zum einen enthält § 13 Abs. 2 UWG einen umfassenden und abschließenden Katalog der Klagebefugten einer lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsklage, der sich bewährt hat. Die Regelung ist praktikabel. Eine eventuelle Streichung des § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG würde die Vollständigkeit der Regelung preisgeben und zu einer Unübersichtlichkeit für die Rechtsanwender führen. Zum anderen würden durch eine Zusammenführung beider Ansprüche deren unterschiedliche Zielrichtung nivelliert: Während § 2 UKlaG-RE allein dem Interesse des Verbraucherschutzes dient, ist Schutzgut und übergeordneter Gesichtspunkt des UWG in einem weit verstandenen Sinne der lautere Wettbewerb, d. h. die Unterbindung unlauteren Verhaltens. Hierzu gehören der Schutz der Mitbewerber, der sonstigen Marktteilnehmer, der Allgemeinheit und auch der

Verbraucher. Diese Interessen sind gegeneinander abzuwägen. Unlauter sind zwar auch – aber eben nicht allein – solche Wettbewerbshandlungen, die die Verbraucher unsachlich beeinflussen. Der Fall der lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsklage durch einen qualifizierten Verbraucherschutzverein ist hierbei nicht anders zu bewerten als eine lauterkeitsrechtliche Unterlassungsklage gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 1, 2 oder 4 UWG. Dieser spezifisch wettbewerbsrechtliche Aspekt würde in einer allgemeinen Regelung im Unterlassungsklagengesetz untergehen oder jedenfalls verwässert werden.

Zu Nummer 145 Zu Artikel 3 (§ 12 UKlaG)

Die Bundesregierung teilt die Einschätzung des Bundesrates und stimmt seinem Vorschlag zu, für die klagebefugten Verbände einen Auskunftsanspruch einzuführen. Eine solche Vorschrift könnte als § 13 in das UKlaG-RE eingestellt werden und wie folgt lauten:

„§ 13
Anspruch auf Mitteilung des Namens
und der zustellungsfähigen Anschrift

(1) Wer geschäftsmäßig Post-, Telekommunikations-, Tele- oder Mediendienste erbringt oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt, hat den nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 3 anspruchsberechtigten Stellen und Wettbewerbsverbänden auf deren Verlangen den Namen und die zustellungsfähige Anschrift eines am Post-, Telekommunikations-, Tele- oder Mediendiensteverkehr Beteiligten mitzuteilen, wenn die Stelle oder der Wettbewerbsverband schriftlich versichert, dass diese Angaben

1. zur Durchsetzung eines Anspruchs nach §§ 1 oder 2 benötigt werden und
2. anderweitig nicht zu beschaffen sind.

(2) Der Anspruch besteht nur, soweit die Auskunft ausschließlich anhand der bei dem Auskunftspflichtigen vorhandenen Bestandsdaten erteilt werden kann. Die Auskunft darf nicht deshalb verweigert werden, weil der Beteiligte, dessen Angaben mitgeteilt werden sollen, in die Übermittlung nicht einwilligt.

(3) Die Wettbewerbsverbände haben einer anderen nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 anspruchsberechtigten Stelle auf deren Verlangen die nach Absatz 1 erhaltenen Angaben herauszugeben, wenn sie eine Versicherung in der in Absatz 1 bestimmten Form und mit dem dort bestimmten Inhalt vorlegt.

(4) Der Auskunftspflichtige kann von dem Anspruchsberechtigten einen angemessenen Ausgleich für die Erteilung der Auskunft verlangen. Der Beteiligte hat, wenn der gegen ihn geltend gemachte Anspruch nach §§ 1 oder 2 begründet ist, dem Anspruchsberechtigten den gezahlten Ausgleich zu erstatten.

(5) Wettbewerbsverbände sind

1. die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. und
2. Verbände der in § 3 Abs. 1 Nr. 2 bezeichneten Art, die branchenübergreifend und überregional tätig sind.

Die in Satz 1 Nr. 2 bezeichneten Verbände werden durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums der Justiz, die der Zustimmung des Bundesrates nicht bedarf, für Zwecke dieser Vorschrift festgelegt.“

Die bisherigen §§ 13, 14 UKlaG-RE müssten dann zu §§ 14, 15 UKlaG-RE umnummeriert werden. Ferner müsste im neuen § 15 UKlaG-RE die Angabe „§ 13 Abs. 1“ durch die Angabe „§ 14 Abs. 1“ ersetzt werden. Außerdem sollte die in § 6 UKlaG-RE bestimmte Zuständigkeit für Klagen nach dem Unterlassungsklagengesetz nicht für Klagen nach dem neuen § 13 UKlaG-RE nicht gelten. Dabei wäre auch zu beachten, dass diese Vorschriften noch an die Veränderungen in der Postulationsfähigkeit anzupassen ist. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sollte § 6 UKlaG-RE wie folgt gefasst werden:

„§ 6
Zuständigkeit

(1) u n v e r ä n d e r t

(2) u n v e r ä n d e r t

(3) Wird gegen eine Entscheidung des Gerichts Berufung eingelegt, so können sich die Parteien vor dem Berufungsgericht auch von Rechtsanwälten vertreten lassen, die bei dem Oberlandesgericht zugelassen sind, vor das die Berufung ohne die Regelung nach Absatz 2 gehören würde. Die Mehrkosten, die einer Partei dadurch erwachsen, dass sie sich nach Satz 1 von einem durch einen nicht beim Prozessgericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lässt, sind nicht zu erstatten.

(4) Die vorstehenden Absätze gelten nicht für Klagen, die einen Anspruch der in § 13 bezeichneten Art zum Gegenstand haben.“

Schließlich müsste auch das UWG ergänzt werden. Artikel 5 Abs. 24 Nr. 1 des Entwurfs müsste wie folgt gefasst werden:

1. § 13 wird wie folgt geändert:
   a) In Absatz 2 Nr. 3 wird die Angabe „22a des AGB-Gesetzes“ durch die Angabe „§ 4 des Unterlassungsklagengesetzes“ ersetzt.
   b) Es wird folgender Absatz angefügt:

      „(7) § 13 des Unterlassungsklagengesetzes und die darin enthaltene Verordnungsermächtigung gelten mit der Maßgabe entsprechend, dass an die Stelle von § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 3 des Unterlassungsklagengesetzes § 13 Abs. 2 Nr. 3 und 4 dieses Gesetzes, an die Stelle von § 3 Abs. 1 Nr. 2 des Unterlassungsklagengesetzes § 13 Abs. 2 Nr. 2 dieses Gesetzes und an die Stelle der in §§ 1 und 2 des Unterlassungsklagengesetzes geregelten Unterlassungsansprüche die in § 13 Abs. 2 dieses Gesetzes bestimmten Unterlassungsansprüche treten.“

Zu § 13 Abs. 1

§ 13 Abs. 1 UKlaG-RE neu begründet den erforderlichen Auskunftsanspruch. Er richtet sich gegen die Unternehmen, die geschäftsmäßig Post-, Telekommunikations-, Tele- oder Mediendienste erbringen oder daran mitwirken. Mit dieser umfassenden Umschreibung wird dem Umstand Rechnung getragen, dass sich das vom Bundesrat angesprochene Ermittlungsproblem nicht nur bei Postfachadressen, sondern medienübergreifend, also zum Beispiel auch bei Telefon-

nummern oder bei Internetadressen stellt. Ein ganz aktuelles Problem stellen unerwünschte Werbefaxe dar, die keinen Absender ausweisen, sondern nur eine Faxnummer oder gar nur eine Servicenummer. Gerade auch hier ist ein Auskunftsanspruch notwendig, weshalb diese Fälle in den vorgeschlagenen § 13 UKlaG-RE einbezogen werden. Der Anspruch richtet sich gegen das Unternehmen, das die Adresse oder die Nummer, hinter der sich das verbraucherrechtswidrig handelnde Unternehmen verbirgt, diesem zur Verfügung stellt. Damit trägt die Vorschrift der hier üblichen, stark arbeitsteiligen Unternehmensstruktur Rechnung. Bei einer Postfachadresse liegen die Dinge einfach; hier richtet sich der Anspruch gegen die Deutsche Post AG. Bei einer Internetadresse käme es demgegenüber darauf an, wie sie registriert ist. Lautet sie auf „.de“ könnte Auskunft von der Denic eG verlangt werden. Wird sie dagegen unterhalb dieses Domainlevels betrieben, würde sich der Anspruch gegen den konkreten Diensteanbieter (provider) richten. Mitwirkende sind nur beteiligte Unternehmer, nicht dagegen die Arbeitnehmer eines Diensteanbieters.

Der Anspruch auf Auskunft ist zweckgebunden. Er dient allein der Durchsetzung der Unterlassungsansprüche nach §§ 1 oder 2 und soll auch nur bestehen, wenn Namen und ladungsfähige Anschrift des verbraucherrechtswidrig handelnden Unternehmens nicht anderweitig, z. B. über das Handelsregister, in Erfahrung gebracht werden können. Da dem Diensteanbieter aber nicht zugemutet werden kann, das Vorliegen dieser Voraussetzungen festzustellen, sieht Absatz1 vor, dass der Anspruch allein davon abhängt, dass die anspruchsberechtigte Stelle eine entsprechende schriftliche Versicherung vorlegt. Für die inhaltliche Richtigkeit ist die auskunftsbegehrende Stelle allein verantwortlich. Sie ist auch allein dafür verantwortlich, dass die Angaben im Sinne der Zweckgebundenheit, also nur zur Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen gemäß §§ 1 oder 2 UKlaG-RE verwandt werden und vorbehaltlich des Absatzes 3 nicht an andere, nach dieser Vorschrift nicht anspruchsberechtigte Personen weitergegeben werden.

Demgegenüber obliegt es dem Diensteanbieter, die Auskunftsberechtigung im Übrigen, nämlich die Anspruchsberechtigung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 oder 3 UKlaG-RE festzustellen. Dazu muss sich der Diensteanbieter etwa vergewissern, ob es sich bei dem Verband um eine qualifizierte Einrichtung handelt, die in der Liste nach § 4 UKlaG-RE eingetragen ist.

Zu § 13 Abs. 2

Der Diensteanbieter soll Namen und Anschrift nur mitteilen müssen, wenn er sie tatsächlich von seinem Kunden abgefragt hat. Er hat also keine Verpflichtung, diese Angaben zu beschaffen oder im normalen Geschäftsbetrieb zu erheben. Zu berücksichtigen war auch, dass die Diensteanbieter Namen und Anschrift des betroffenen Unternehmens unter Umständen nur anhand von Verbindungsdaten ermitteln können. Das soll dem Diensteanbieter nicht zugemutet werden. Außerdem unterliegen Verbindungsdaten nach Artikel 10 Abs. 1 GG i. V. m. § 85 Abs. 1 TKG dem Fernmeldegeheimnis, welches durch das hier vorliegende Unterlassungsklagengesetz nicht eingeschränkt werden soll. Ist die Ermittlung indessen anhand von Bestandsdaten möglich, so ist der Diensteanbieter hierzu auf Verlangen auch verpflichtet. Dies ist der Inhalt von Absatz 2 Satz 1.

Absatz 2 Satz 2 stellt klar, dass der Diensteanbieter zur Mitteilung von Namen und Anschrift auch dann verpflichtet ist, wenn das betroffene Unternehmen dem vorher widersprochen hat oder aus Anlass des Auskunftsverlangens widerspricht. Dementsprechend kann der Diensteanbieter die Erfüllung des Auskunftsanspruchs auch nicht von einer vorherigen Rücksprache mit dem betroffenen Unternehmen abhängig machen. Dieses muss sich vielmehr unmittelbar mit der anfragenden Stelle auseinandersetzen.

Zu § 13 Abs. 3

Nach Absatz 1 sind die Wettbewerbsverbände im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG-RE nicht generell auskunftsberechtigt. Der Grund für diese auf den ersten Blick überraschende Lösung liegt darin, dass die Diensteanbieter die Anspruchsberechtigung gerade dieser Verbände nur schwer erkennen können. Die überwiegende Zahl dieser Verbände ist nämlich lediglich für Verbraucherrechtsverstöße in ihrem Marktsegment anspruchsberechtigt; das darin liegende Beurteilungsrisiko kann dem Diensteanbieter nicht aufgebürdet werden. Deshalb soll der Auskunftsanspruch nur der Wettbewerbszentrale und Verbänden zustehen, die in vergleichbarer Weise branchenübergreifend und überregional anspruchsberechtigt sind. Dennoch sollen auch die übrigen in § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG-RE aufgeführten Wettbewerbsverbände Zugang zu Namen und Anschrift von verbraucherrechtswidrig handelnden Unternehmen erhalten. Das bewirkt Absatz 3, der einen mittelbaren Auskunftsanspruch dieser Verbände gegen die unmittelbar selbst auskunftsberechtigten Verbände begründet. Diese sind berechtigt und verpflichtet, Namen und Anschrift der betroffenen Unternehmen weiterzugeben. Voraussetzung ist auch hier eine Versicherung des anfragenden Verbands, dass die Angaben zur Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen nach §§ 1 oder 2 UKlaG-RE benötigt werden und nicht anderweitig zu erlangen sind. Wie die Diensteanbieter müssen die unmittelbar auskunftsberechtigten Wettbewerbsverbände prüfen, ob der anfragende Verband im Übrigen anspruchsberechtigt nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG-RE ist. Dies erfordert eine Prüfung, ob der anfragende Verband auch einen Verbraucherrechtsverstoß in dem von ihm vertretenen Marktsegment geltend machen will.

Zu § 13 Abs. 4

Im Einzelfall kann die Mitteilung der abgefragten Angaben bei dem Diensteanbieter einen gewissen Ermittlungsaufwand verursachen. Dafür soll er nach Absatz 4 Satz 1 einen angemessenen Ausgleich verlangen können. Mit dieser Formulierung trägt das Gesetz einerseits dem Umstand Rechnung, dass die Erteilung dieser Auskünfte dem öffentlichen Interesse an der effektiven Durchsetzung des Verbraucherrechts und damit letztlich auch dem Interesse der Gemeinschaft aller Unternehmen an der Einhaltung gleicher Wettbewerbsbedingungen dient. Andererseits soll nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Ermittlungsaufwand je nach Lage des Falles erheblich sein kann. An beiden Gesichtspunkten ist die Bemessung des Ausgleichs auszurichten.

Den durch den Ersatzanspruch der Diensteanbieter und der Wettbewerbsverbände im Sinne dieser Vorschrift entstehen-

den Aufwand sollen die auskunftsberechtigten Verbände nicht endgültig zu tragen haben. Denn letztlich sind diese Kosten eine Folge des verbraucherrechtswidrigen Verhaltens des betroffenen Unternehmens. Deshalb bestimmt Absatz 4 Satz 2, dass das betroffene Unternehmen diesen Aufwand zu erstatten hat, wenn der Unterlassungsanspruch, dem die Auskunft dienen soll, begründet ist.

Zu § 13 Abs. 5

Unmittelbar anspruchsberechtigt nach dieser Vorschrift sollen nur Wettbewerbsverbände sein, die branchenübergreifend und überregional tätig sind. Diese Voraussetzung ist bei der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs gegeben. Deshalb ist sie nach Absatz 5 Satz 1 Nr. 1 als anspruchsberechtigt genannt. Dieselbe Berechtigung sollen aber auch alle anderen vergleichbaren Verbände haben (Absatz 5 Satz 1 Nr. 2). Damit die Diensteanbieter wissen, wem sie Auskunft zu erteilen haben, sollen diese Verbände durch Rechtsverordnung bestimmt werden (Absatz 5 Satz 2). In diese Verordnung sind alle sonstigen Wettbewerbsverbände aufzunehmen, auf die die in Absatz 5 Satz 1 Nr. 2 genannten Voraussetzungen zutreffen. Die übrigen Wettbewerbsverbände gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG-RE verfügen zur Durchsetzung ihrer Unterlassungsansprüche nur über den mittelbaren Auskunftsanspruch nach Absatz 3.

Zu § 6

Absätze 1 und 2 sind unverändert.

Zu Absatz 3

Durch den neuen Satz 1 wird die Postulationsfähigkeit vor dem OLG erweitert, soweit dieses infolge einer landesrechtlichen Zuständigkeitskonzentration nach Absatz 2 als Berufungsgericht zuständig wird. Eine entsprechende Änderung des geltenden § 14 AGBG, der in § 6 UKlaG-RE aufgeht, ist – ohne dass sich der damaligen Gesetzesbegründung ein sachlicher Grund entnehmen ließe – bei Aufhebung der Lokalisation der LG-Zulassungen unterblieben (vgl. insoweit BT-Drs. 12/4993, S. 19, 45, 46; BGBl. 1994 I, S. 2293).

Zu Absatz 4

Die Gerichtsstandsvorschrift des § 6 UKlaG-RE passt inhaltlich nicht für Klagen auf Auskunft nach § 13 UKlaG-RE. Insoweit sollten die allgemeinen Bestimmungen der ZPO gelten. Dies wird dadurch erreicht, dass Ansprüche nach § 13 UKlaG-RE vom Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 bis 3 UKlaG-RE ausgenommen werden.

Zu § 13 Abs. 7 UWG

Mit der Anfügung des neuen Absatz 7 an § 13 UWG soll erreicht werden, dass der Auskunftsanspruch nach § 13 UKlaG-RE auch für Wettbewerbsverstöße gilt.

Zu Nummer 146 Zu Artikel 3 (Unterlassungsklagengesetz)

Die Bundesregierung vermag dem Anliegen des Bundesrates, dass im Unterlassungsklagengesetz geregelt werden sollte, nach welchen Vorschriften ein möglicher Unterlassungsanspruch im Fall eines grenzüberschreitenden Sachverhalts zu beurteilen ist, nicht näher zu treten.

Aus den geltenden materiellen und prozessualen Regeln des Internationalen Privat- und Wettbewerbsrechts ergibt sich sowohl, welches Gericht im Fall eines grenzüberschreitenden Sachverhalts zuständig ist, als auch, welches Recht insoweit anzuwenden ist. Ein Regelungsbedürfnis besteht insoweit nicht. Es wäre auch problematisch, in das bestehende Regelungssystem einzugreifen und – wie vorgeschlagen – zu regeln, dass ein Unterlassungsanspruch nach dem Unterlassungsklagengesetz immer auch dann besteht, wenn ein inländischer Unternehmer durch Verhaltensweisen im Ausland gegen Verbraucherschutzgesetze, die auf EG-Recht beruhen, verstößt. Dies würde nämlich dem in allen europäischen Staaten gleichlautenden sogenannten „Marktortprinzip“ widersprechen, wonach für Wettbewerbshandlungen das Recht gilt, an dem die Wettbewerbsinteressen der Beteiligten aufeinandertreffen.

Zu Nummer 147 Zu Artikel 4 Nr. 2 (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht)

Der vorgeschlagenen Änderung wird zugestimmt.

Zu Nummer 148 Zu Artikel 5 Abs. 3 Nr. 1a – neu – (§ 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO)

Dem Vorschlag wird zugestimmt.

Zu Nummer 149 Zu Artikel 5 Abs. 16 Nr. 6 (378 HGB)

Dem Vorschlag wird zugestimmt.

Zu Nummer 150 Zum Gesetzentwurf insgesamt

Das Bundesministerium der Justiz ist von der Konferenz der Justizministerinnen und -minister der Länder am 13. Juni 2001 gebeten worden, die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral“ wieder einzuberufen und wird dieser Bitte entsprechen.

Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 13 20, 53003 Bonn, Telefon (02 28) 3 82 08 40, Telefax (02 28) 3 82 08 44
ISSN 0722-8333